

الدكتور

أحمد الحصري

أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر

ورئيس قسم الفقه والتشريع

وعميد كلية الشريعة بالجامعة الأردنية

النكاح

والقضايا المتعلقة به

في الفقه الإسلامي للأحوال الشخصية

الجزء الثاني

الطبعة الثانية

الدكتور

أحمد الحصري

أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر

ورئيس قسم الفقه والتشريع

وعميد كلية الشريعة بالجامعة الأردنية

النكاح

والقضايا المتعلقة به

في الفقه الإسلامي للأحوال الشخصية

الجزء الثاني

الطبعة الثانية



انتهاء عقد النكاح وانتهائوه

الأسباب والشروط - والنتائج :

فى الفقه الإسلامى والقانون المعاصر

تمهيد :

ينتهى عقد النكاح بمعنى انحلال رابطة الزوجية وانقطاع العلاقة التى بين الزوجين بسبب من الأسباب الموجبة لذلك والتى سنبينها بالتفصيل فيما يلى :

وهى إما بالطلاق أو بفسخ العقد وذلك لأن انحلال رابطة الزوجية قد يكون بالطلاق والذى وضع له فقهاء الشريعة بيانا مفصلا مستمدا من كتاب الله وسنة رسوله صلوات الله وسلامه عليه وبينوا متى يكون الطلاق مطابقا وموافقا للمصدرين المذكورين ومتى لا يكون - كما تنتهى الرابطة بفسخ عقد الزواج وانتهاء رابطة الزوجية بالطلاق ولا ينقص العقد به وإنما يوجب نهائه ويترتب على الإنهاء رفع الآثار التى ترتب على هذا العقد والميثاق الغليظ من إباحة التمتع لكل من طرفى العقد . (الزوج والزوجة) بالآخر فوراً كالأثر المترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى أو صغرى .

وقد لا يترتب على الانهاء بالطلاق زوال الحل فى الحال بل يتوقف زواله على انتهاء العدة كما فى الطلاق الرجعى أما بقاء العقد أو انهائه بفسخه لسبب حدوث أمر عارض يمنع بقاءه واستمراره أو بسبب أمر اقترن بإنشاء العقد وجعله عقداً غير لازم - فمن الأول فسخ العقد بسبب ردة المرأة المسلمة ، أو إبانها الإسلام إذا أسلم زوجها ولم تكن كتابية ومثال

السبب الثاني للفسخ الحادث والناسئ عن خيار البلوغ أو الإفاقة أو لنقصان مهر الزوجة عن مهر مثلها أو لعدم الكفاءة كما سيأتى تفصيله فى الكلام بالتفصيل عن اراء المذاهب الفقهية فى هذا الموضوع فيما بعد .

وسوف نذكر متى يكون انتهاء العقد طلاقا ومتى يكون فسخا لعقد النكاح عند الكلام عن الطلاق فى رأى الفقه الحنفى وغيره من فقهاء المذاهب التى سننقل آراءها فى هذا الموضوع وهى الفقه المالكى والشافعى والحنبلى والظاهرى والفقه الإمامى والزيدى - وسوف نبين ان شاء الله تعالى متى يحتاج إنهاء العقد إلى قضاء من القاضى ومتى لا يحتاج .
عليه نبداً فنقول :

أولاً: الطلاق

المذهب الحنفى :

تفسير الطلاق

أولاً - الطلاق، لغة، اسم بمعنى المصدر الذى هو التطلق كالسلام، والسراح بمعنى التسليم والتسريح . ومنه قوله تعالى : ه الطلاق مرتان ، أى التطلق . وقيل :

(١) الطرق المسكونة فى البياسة الشرعية لابن القيم الجوزية ص ٣١٤ .

الطلاق مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقا كالفساد . وعن الاخفش
نفي الضم .

والطلاق لغة رفع الوثاق مطلقا ، واستعمل فعله بالنسبة إلى غير نكاح
للرأة . الأفعال كأطلقت بعيزى ، وأسيرى . وفيه من التفعيل طلقت امرأتى
يقال ذلك إخبارا عن أول طلقة أوقعها فإن قاله ثانية فليس فيه إلا التأكيد .
أما إذا قاله فى الثالثة فالمراد به التأكيد كطلعت الأبواب . . .

ثانياً - الطلاق فى عرف الشارع

المذهب الحنفى

عرف بعض الأحناف الطلاق : بأنه : رفع القيد الثابت بالنكاح فى
الحال أو المآل بلفظ مخصوص .

فرفع ، هذا القيد فى الحال ، يكون بالطلاق البائن ، ورفعه فى المآل يكون
بالطلاق الرجعى ، فإن زوال الملك فيه إنما يكون بعد انقضاء العدة .

وعرفه بعض آخر منهم بأنه : رفع قيد النكاح أو نقصان الحل بلفظ
مخصوص ، فرفع قيد النكاح يكون بالبائن ، ونقصان الحل يكون بالرجعى .
فإن أثر الطلاق الرجعى ، إنما هو نقصان الحل بنقصان عدد الطلقات
التي يملكها الزوج على زوجته .

وكلا التعريفين شامل لقسمى الطلاق . لكن التعريف الثانى أوضح
وأضبط ؛ لأنه راعى فى كل من القسمين أثره المباشر الذى يثبت له على فور
حصوله ، فإن نقصان عدد الطلقات هو أثره الذى يثبت فور الطلاق الرجعى .
أما رفع الملك فلا يكون إلا متأخرا عنه .

والمراد باللفظ المخصوص فى كلا التعريفين هو ما كان صريحا مأخوذا
من مادة « طلاق » وتماثل من ألفاظ الكنايات مثل « محرمة وبائن » ،

وما أليهما من الألفاظ التي تحتل الطلاق وغيره ويترجح فيها معنى الطلاق بمرجح خاص كالنية ، فيكون من ألفاظ الكناية قول الزوج لامرأته «أطلقتك» ، وأنت مطلقة ، بسكون الطاء من الإطلاق ، فإن ذلك يحتمل معنى الطلاق الذي هو حل قيد الزواج ، كما يحتمل حل قيد آخر .

وليس بلازم في ذلك اللفظ المخصوص أن يكون منطوقاً به ، فإن ما يفيد معناه من الكناية والإشارة - كما في حالة الأخرس - يقع به الطلاق أيضاً .

ويلحق بلفظ الطلاق أيضاً لفظ الخلع وقول القاضي : «فرقت» في حالات اللعان والعنة وإباء الزوج عن الإسلام ؛ فإن هذا كله معدود من الطلاق^(١) .

هذا - ولو لم يذكر في التعريف قيد «اللفظ المخصوص» أو ما يشبهه لانتقض بالفسخ ؛ فإنه يزيل الحل ويرفع العقد ، وهو ليس من باب الطلاق .

ركن الطلاق

ركن الطلاق نفس اللفظ الذي اعتبره الشارع رافعا لقيد النكاح أو ما يقوم مقامه من الكناية والإشارة المفهومة .

سببه : الحاجة إلى الخلاص عند تبين الأخلاق ، وعروض البغضاء ، الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى ، ففي شرعه رحمة من الله سبحانه وتعالى .

حكمه : زاول الملك عن الحل .

حكمة المشروعية

الزواج رابطة بين الرجل والمرأة أراد الشارع بها إعفافهما وحفظ شرفهما ، وصيانة للجمتمع من الفناء وذلك عن طريق التناسل وحفظ الأنساب ونسأؤكم حرث لكم ، فالزواج نعمة من الله تستوجب الشكر ، برعايتها ، والمحافظة عليها ، للانتفاع بشمراتها .

لكن هذه الرابطة قد تعثر بها حالات لا تتوافر معها المحبة بين الزوجين ، ولا يستقيم فيها معنى التعاون على شئون الحياة والقيام بما أمر الله . فيصبح الفراق أمرا لازما حيث تصبح رابطة الزواج بدون حب . وفي حاله يسود فيها الشقاق تصبح صورة من غير روح ، وقيدا من غير رحمة ؛ لا تثمر ثمرتها ، ولا تحقق ما أريد منها ، ولا يكون بها إعفاف ولا شرف ولا تعاون ولا صيانة ، ويكون الإبقاء عليها . وسد الأبواب دون التخلص منها من أعظم الظلم وأشد أنواع القسوة ؛ بل يكون ضربا من الخداع والغش ومدعاة للنفاق والتمويه ، وعاملا من عوامل الزينغ والميل إلى المخادعات البغيضة .

فمن أجل هذا شرع الله الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتباغضان المتنافران من قيد تلك الرابطة فيلتمس كلاهما من هو خير له وأحسن معاملة وأكرم عشرة .

السرف جعل الطلاق بيد الرجل

لم تكن الشريعة أمر الطلاق إلى الزوجة ؛ لأمور منها : أن المرأة خلقت على غرائز وطباع لا يساويها فيها الرجل : فمن ذلك طبيعة التأثر بالعاطفة تأثرا صريحا قويا ، ومبرح جدا في بعض المراتب ، فإنه ذاتية النساء

والحنان والشفقة التي لا بد منها في تربية الطفل وإصلاحه ، والتي نجيب إلى الأم الصبر والجلد في رعايته وتهذيبه . ولكنه في موطن أخرى يجر إلى كثير من الضرر والشر واضطراب الأمر : فالمرأة — في موطن الغضب ، ولأقل أسباب الغضب التي ، لا تخلو منها المعاشرة — يشتد انفعالها ، ويحتد مزاجها ، وتندفع مع العاطفة ، لا تردد في هذا الاندفاع ولا تبالي بما يكون وراءه من نتائج ضارة أو نافعة ، حسنة أو سيئة ، بل ترى الحسن كله ، والنفع جميعه ، في أن تجيب داعي تلك العاطفة ، وتحقق مطالبها العاجلة التي تغطي على دواعي التربث والتأمل إلى وقت تبدأ فيه ثورة النفس ، ويحسن فيه التدبر في الأمر ، بتقليب نواحيه الضارة والنافعة ، والموازنة بين ما يدعو إليه العقل وما تدعو إليه العاطفة .

والمرأة في موطن الرغبة وحيث ترى أو تتخيل بارقات أمل في حياة أسعد من حياة زوجيتها الحاضرة — تتأثر بالعاطفة تأثراً قوياً عنيفاً ، لا يقل في قوته وعنفه ، عن تأثرها في موطن الغضب .

فلو ملكت الزوجة أمر الطلاق لتصرفت به على نحو يرضى فيها تلك العاطفة مما تظن فيه سعادتها ، وكثيراً ما تكون نتيجة هي الشقاء بعينه .

نحن لا نريد بهذا أن نحكم بأن الرجل مجرد من هذه العاطفة ، أو معصوم من التأثير بزغاتها المختلفة ، فإن التأثر بالعاطفة من ميزات الإنسانية ، بل قد يكون في الرجال من هو أسرع انفعالا وأشد تأثراً بها من بعض النساء . ولكن ليس هذا هو الشأن ، وليس هو الكثير الغالب ، للمعنى الذي أشرنا إليه من احتياج الأمومة إلى درجات من قوة العاطفة ، لا تساويها فيها الأبوة .

على أن الشريعة قد راعت في موطن كثيرة تحقيقاً لمعنى الهناء والاستقرار لحياة الزوجية — توفير أسباب هذه الهناء ، وموجبات هذا الاستقرار ! فلم تهدر رأى المرأة وحققها في موضوع الطلاق ، بل جعلت

لها كامل الحق في المطالبة به ، وأوجب على القاضي أن يجنبها إلى طلبها ،
ويفرق بينها وبين زوجها ، متى أبدت من الأسباب ما تقره العدالة وتؤيده
الشريعة التي شددت في وجوب رعاية الزوجة ، والمحافظة على أسباب راحتها
وسعادتها ؛ وأوردت في ذلك من التعاليم أكثر مما أوردته لأجل الرجل ،
نظرا إلى أنها صاحبة المدرسة الأولى التي إليها تربية النشء ، وإصلاحه وتهذيبه ،
وعلى جهودها الصالحة النافعة تقوم هناءة الأسرة وسعادة الأمة .

الطلاق أن يكون وقفا على القضاء

هذا — وإذا كانت الشريعة قد أعطت المرأة حق الالتجاء إلى القضاء
ليفرق بينها وبين زوجها في الحالات التي لا تستقيم فيها أمور الزوجية فذلك
لا ينبغي أن يكون مبررا للنزعة الحديثة التي يتأذى أصحابها بأن أمر الطلاق
كله يجب أن يكون وقفا على القضاء ، فلا يملك الرجل أن يطلق امرأته فيما
بينه وبينها ، فإن هذه نزعة خطيرة ليست في صالح الرجل والمرأة ، وليست
كذلك في مصلحة الأسرة والأمة . هي عسيرة التحقيق ، ومن شأنها أن
تشر خبايا البيوت ، وتفضح أسرار الأسر . وهل كل أسباب النفور بين
الزوجين يمكن الإفضاء به إلى القضاء ؟ وهل مما يليق في قوانين الآداب
العامة — إذا كان سبب الفرقة مما يرجع إلى الأخلاق والسلوك أو غيرهما
كما نهت الشريعة عن فضح أمره ، وامرت بالنصرف فيه على ما يحقق
المصلحة ويرعى الآداب — أن يسجل ذلك كله في سجلات القضاء ؟ .

لا . . . إنه يجب أن نزاعى في الشئون العامة ألا تخضعها للأهواء
والنزعات الفردية ، ولأن نحكم فيها الرغبات اللائحة ، والميول المتنقلة غير
المستقرة . ونظام البيوت والأسر لا ينبغي أن يكون ، في كل وقت ، تبعا لتلك
الرغبات والأهواء ، ولو كانت على خلاف شرائع السماء .

صفة الطلاق الشرعية .

صفة الطلاق الشرعية . أى حكمه الثابت له من الإباحة والحظر كالآتي :

١ - طلاق محظور منى عنه لكنه يقع مع المؤاخذه، وهو أن يطلق الرجل امرأته من غير سبب يدعو إلى طلاقها من كراهة ونفور، أو سوء عشرة، أو اعوجاج سيرة، فإن الطلاق بلا سبب يكون إيذاء للمرأة بغير حق، وذلك منهى عنه شرعاً. فهو، مع كونه يقع لا يكون خالياً، عن المؤاخذه من ثم، فإذا طلق من غير سبب من هذه الأسباب وما شابهها فإن الطلاق يقع مع كونه محظوراً.

٢ - طلاق مباح لا مؤاخذه فيه : وهو أن يطلق الرجل امرأته لسبب يدعو إلى طلاقها من كراهة ونفور، أو سوء عشرة، أو اعوجاج سيرة . وما شابه ذلك كله .

وهذا الطلاق المباح يختلف درجات حله على حسب تفاوت أسبابه ، قوة وضعفاً . فيكون مباحاً لإباحة مجردة، له فيها الخيار بين الفعل والترك، وذلك إذا كان السبب ضعيفاً لا يرجع إلى سوء خلق الزوجة أو عشرتها أو تدينها، بل يكون مرجعه النفور الطبيعي الذي لا دخل لها فيه .

وقد يكون مستحباً شرعاً إذا كان سببه سوء أخلاق الزوجة وطباعها وإيذاء الزوج أو الجيران بالقول أو بالفعل وما يشبه ذلك .

وقد يكون واجباً إذا كان السبب يرجع إلى عيب في الرجل لا ترضى به المرأة مما يفوت به الانتفاع بشعرات الزواج، أو كان يرجع إلى سوء سلوك الزوجة، وما إلى ذلك من الأسباب القوية .

صفة الطلاق من جهة وقته وعدده

والطلاق من جهة وقت إيقاعه، وطريقة إيقاعه وعدده، يتنوع إلى مباح ومحظور، أيضاً وبعبارة عنهما الفقهاء «بالطلاق السني»، «الطلاق البدعي» :
حسب التفصيل الآتي :

طلاق السنة

الطلاق السنى

قال السكال ابن الهمام : إعلم أن الطلاق سنى وبدعى . والسنى من حيث العدد ومن حيث الوقت والبدعى كذلك والسنى حسن وأحسن .

الطلاق الأحسن

هو أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ، ولا في الحيض الذى قبله ، ولا طلاق فيه وهذا على ظاهر المذهب ويتركها حتى تنقضى عدتها لما أسند ابن أبى شيبة عن إبراهيم النخعى أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض . وقال محمد : بلغنا عن إبراهيم النخعى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يريدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة ، فإن هذا أفضل عندهم ، من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ، ولأنه أبعد عن الندامة حيث أبقى لنفسه مكنة للتدارك حيث يمكنه التزوج بها في العدة ، أو بعدها دون تخلل زوج آخر ، وأقل ضرراً بالمرأة حيث لم تبطل محلها بالنسبة إليه فإن سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر الإيحاش وهذا الطلاق لم يقل أحد بكراهته

الطلاق الحسن

وهو الطلاق المفضول من طلاق السنة هو : أن يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة أطهار ، سواء كانت الزوجة مسلبة أو غير مسلبة لأنه المخاطب بإيقاعه كذلك . ويجب على الغائب إذا أراد أن يطلق أن يكتب إذا جاءك كتابي هذا وأنت طاهرة فأنت طالق ، وإن كنت حائضا فإذا طهرت فأنت طالق (١) - ورد الأحناف على من قال إن هذا الطلاق من الطلاق البدعى

(١) فتح القدير ج ١

وأنه لا يباح إلا واحدة ، لأن الأصل في الطلاق هو الخطر والإباحة
لحاجة الخلاص ، وقد إندفعت بالواحدة^(١) فقالوا :

ذهب بعض الناس إلى أن إيقاع الطلاق ليس بمباح إلا عند الضرورة
لقوله عليه السلام : « لعن الله كل ذواق مطلق » ، والعامّة على إباحته
بالنصوص المطلقة كقوله تعالى : « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن
لعدتهن » وقوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ، وأمثالهما^(٢) » كما
يرد على من قال إن الطلاق الثاني بدعة بما رواه البخارى وغيره مسند
إلى نافع عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب عن ذلك فقال عليه السلام
مره فليراجعها . ثم لم يسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك
بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن
يطلق لها النساء ، يشير بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى قوله « فطلقوهن
لعدتهن » فالرسول صلى الله عليه وسلم خير بين الإمساك والطلاق
ولو كان الطلاق^(٣) بدعة لما فعل — وقد روى الدارقطني من حديث معلى
بن منصور حدثنا شعيب بن زريق أن عطاء الخراساني حدثهم عن
الحسن قال : حدثنا عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض ثم أراد
أن يتبعها بطلقتين آخرين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال : يا ابن عمر « ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة ، السنة أن
تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » فأمرني فراجعتهما فقال : « إذا هي طهرت
فطلق عند ذلك أو أمسك » فقلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتهما ثلاثا

(١) نسب السكّال ابن المهام هذا القول إلى المالكية فقال : (وقال مالك هذا بدعة
ولا يباح إلا واحدة » فتح القدير ج ٣ ص ٢٣ .
(٢) الثانية على هامش فتح القدير ج ٣ ص ٢٢ .
(٣) المصدر السابق .

أكان يحل لي أن أراجعها فقال : لا كانت تبين النك وكانت معصية ، وقد أعل هذا الحديث البيهقي بالخراساني قال : أتى بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به — لكن يرد على هذا أن هذا الحديث قد رواه الطبراني من طريق آخر كما صرح الحسن بسماعه من ابن عمر — وقال أبو حاتم قيل لأبي زرعة : الحسن لقي ابن عمر قال : نعم والخراساني قد ظهرت متابعتها — وقال الأحناف : إن الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لأنها باطنة ودليها الاقدام على طلاقها في زمن تجدد الرغبة ، وقد تكون الحاجة ماسة إلى تركها البتة لرسوخ الأخلاق المتباينة ، وموجبات المنافرة ، فلا تفيد رجعتها فيحتاج إلى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم ، وطريق إعطاء هذه الحاجة مقتضاها على وجه لا يعقب الندم هو أن يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ، ويعالجها عليه ، فإن لم يقدر تدارك بالرجعة ، وإن قدر أوقع أخرى في الطهر الآخر كذلك ، فإن قدر أبانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام : ثم إذا أوقع الثالثة في ثلاثة أطهار فقد مضت من عدتها حيضتان إن كانت حرة ، فإذا حاضت حيضة انقضت . وإن كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بانث ووقع ثنتان .

طلاق غير المدخول بها للسنة

قال الأحناف : السنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لأن المراعى دليل الحاجة إلى الطلاق وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة ، وهو الطهر الخالي عن الجماع ، أما زمان الحيض فزمان النفرة والجماع مرة في الطهر فتفتر الرغبة — أما غير المدخول بها فيطلقها في حالة الطهر والحيض لأن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لاتقل بالحيض ، مالم يحصل مقصود منها . وفي المدخول بها تتجدد بالطهر وقال زفر رحمه الله غير المدخول بها كالمدخول بها في طلاقهما للسنة من حيث الوقت .

طلاق الصغيرة والآيسة

والصغيرة والآيسة إذا أراد أن يطلقها ثلاثاً للسنة طلقها واحدة ، فإذا مضى عليها شهر طلقها أخرى ، ثم إذا مضى شهر طلقها الثالثة لأن الشهر في حق الصغيرة والكبيرة التي لا تحيض قائم مقام الحيض قال تعالى (واللأني ينسن من الحيض من نسائكم . . . إلى أن قال واللأني لم يحضن) أى بعد فقد أقام الله الأشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض إليها وأيضاً نص على أن الأشهر عدة بقوله تعالى « فعدتهن ثلاثة أشهر » ، والعدة في ذوات الحيض ليس إلا الحيض لا المجموع فلزم بالضرورة كون الأشهر بدل الحيض ثم إن كان الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة ، وإن كان في وسطه فبالأيام في حق تفريق الطلقات ، فلا تطلق الثانية في اليوم الموفى ثلاثين من الطلاق الأول بل في الحادى والثلاثين فما بعده لأن كل شهر معتبر بثلاثين يوماً ، فلو طلقها في اليوم الموفى ثلاثين كان جامعا بين طلاقين في شهر واحد . ويجوز أن يطلق الصغيرة والآيسة ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان لأنه لا ينوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتبار توهم الحبل لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة فلا يدري هل تنقضى بوضع الحمل على إعتبار أنها حملت ، أو تنقضى بالأشهر على إعتبار أن عدتها بالأشهر — وقال زفر يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن لا تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذاهما هنا بشهر ولأن الرغبة تفتر بالجماع وإنما تنجدد بزمان وهو الشهر (١) .

الطلاق البدعى

معناه :

وهو الطلاق الذى خالف الطلاق الذى أشارت إليه السنة . وذلك بأن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة ، أو مفرقة فى طهر واحد أو ثنتين كذلك . أو واحدة فى الحيض ، أو فى طهر قد جامعها فيه أو جامعها فى الحيض الذى يليه هو .

أنواعه :

قال الأحناف : البدعة نوعان نوع يرجع إلى الوقت ، ونوع يرجع إلى العدد . أما الذى يرجع إلى الوقت فنوعان أيضاً . أحدهما الطلقة الواحدة الرجعية فى حالة الحيض إذا كانت مدخولاً بها سواء أكانت حرة أم أمة ؛ لأن الرسول ، صلى الله عليه وسلم ، قال لعبد الله بن عمر حين طلق امرأته فى حالة الحيض : أخطأت السنة . ولأن فى هذا النوع من الطلاق تطويل العدة على المرأة ؛ لأن الحيضة التى صادفها الطلاق فيه غير محسوبة من العدة فتطول العدة عليها ، وذلك إضرار بها . ولأن الطلاق للحاجة هو الطلاق فى زمان كال الرغبة . وزمان الحيض زمان النفرة فلا يكون الإقدام عليه فيه دليل الحاجة إلى الطلاق ، فلا يكون الطلاق فيه سنة ، بل يكون سفهاً . ولهذا فالأفضل للرجل إذا طلق زوجته حالة الحيض أن يراجعها ، فقد أمر رسول ابن عمر لما طلق امرأته فى حالة الحيض أن يراجعها . ولأنه إذا راجعها أمكنه أن يطلقها للسنة فبين منه بطلاق غير مكروه^(١) ، ويكون

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢١ وما يندمها وهذائغ الصنائع للسكاسى ج ٣ ص ١٤ .

الطلاق بدعيا أيضاً إذا طلق الرجل امرأته ذات الأقران طلاقاً واحدة رجعية في طهر جامعها فيه، حرة كانت أو أمة؛ لاحتمال أنها حملت بذلك الجماع وعند ظهور الحمل يندم فتبين أنه طلقها لا لحاجة وفائدة فكان سفهاً . فلا يكون سنة ، ولأنه إذا جامعها فقد قلت رغبته إليها فلا يكون الطلاق في ذلك الطهر طلاقاً لحاجة على الإطلاق . فلم يكن سنة .

٢ - الطلاق البدعي بسبب العدد

قال الأحناف : من طلق امرأته الحرة ثلاثاً ، أو الأمة اثنتين في طهر واحد لاجتماع فيه سواء أوقع هذا العدد جملة واحدة أم على التفريق واحداً بعد واحد ما دام في طهر واحد فهذا الطلاق بدعي أيضاً .

الادلة

استدل الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول فقالوا :

الكتاب

١ - أما الكتاب فنه قوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » أى فى أطهار عدتهن وهو الثلاث فى ثلاثة أطهار .

وجه الاستدلال

أمر الله سبحانه وتعالى من أراد الطلاق أن يكون طلاقه فى أطهار عدة المطلقات . وقد فسر ذلك رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، وبذلك يكون النص أمراً بالتفريق ، والأمر بالتفريق يكون نهياً عن الجمع ثم إن كان الأمر أمر إيجاب كان نهياً عن هذه ، وهو الجمع . نهى تحريم . وإن كان أمر ندب كان نهياً عن هذه وهو الجمع نهى ندب . وكل ذلك حجة على المخالف ، لأن الأول يدل على التحريم ، والآخر يدل على الكراهة .

٢ - وأيضا قوله تعالى : « الطلاق مرتان » أى دفعتان ألا ترى أن من أعطى آخر درهمين لم يجوز أن يقال : إنه أعطاه مرتين حتى يعطيه دفعتين .
وجه الاستدلال :

الآية وإن كادى ظاهرها الإخبار ، إلا أن معنى الخبر هنا الأمر ؛ لأن الحمل على ظاهره يؤدي إلى الخلف في خبر من لا يحتمل خبره الخلف . لأن الطلاق على سبيل الجمع قد يوجد ، فالمراد من الإخبار في الآية هو الأمر ، نظير الأخبار في قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن » أى ليتربصن ، وقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن » أى ليرضعن فصار كأنه سبحانه وتعالى قال : طلقوهن مرتين إذا أردتم الطلاق . والأمر بالتفريق نهى عن الجمع ؛ لأنه ضده ، فيدل على كون الجمع حراماً أو مكروهاً كما سبق بيانه (١) .

السنة

وأما السنة فنسبها قوله ، صلى الله عليه وسلم : « تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتزله عرش الرحمن » .

وجه الاستدلال

الحديث فيه نهى واضح من الرسول صلى الله عليه وسلم ، عن الطلاق لالعيته لأن الطلاق قد بقي معتبراً شريعاً في حق الحكم بعد النہی ، ولم يبطل أثره . فعلم أن النهى هنا غير أحقيقاً ملازماً للطلاق يصلح أن يكون منبها عنه . فكان النهى عنه لاعتن الطلاق . ولا يجوز أن يمنع من المشروع لما كان الحرام الملازم له ، كما في الطلاق في حالة الحيض ، والبيع وقت النداء ، والصلاة في الأرض المغصوبة ، وغير ذلك . وقد ذكر عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه كان لا يوثق برجل طلق امرأته ثلاثاً إلا أوجعه ضرباً ، وأجاز ذلك عليه ، وذلك بحضرة من الصحابة رضي الله عنهم ، فيكون إجماعاً .

المعقول

وأما المعقول فمن وجوه . أحدها: أن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا، والطلاق إبطال له ، وإبطال المصلحة مفسدة ، وقد قال تعالى: «والله لا يحب الفساد» وهذا معنى الكراهة الشرعية عندنا أن الله تعالى لا يحب ولا يرضى به، إلا أن النكاح قد يخرج من أن يكون مصلحة لعدم توافق الأخلاق وتباين الطبائع ، أو لفساد يرجع إلى نكاحها بأن علم الزوج أن المصالح تقوته بنكاح هذه المرأة؛ أو أن المقام مع سبب فساد دينه ودنياه. فتقلب المصلحة في الطلاق ، ليستوفى مقاصد النكاح من امرأة أخرى . إلا أن احتمال أنه لم يتأمل حق التأمل ولم ينظر حق النظر في العاقبة قائم فالشرع والعقل يدعوانه إلى النظر ، وذلك في أن يطلقها طلبة واحدة رجعية ، حتى إذا كان التباين والفساد من جهة المرأة فيمكنها أن تتوب وتعود إلى الصلاح إذا ذقت مرارة الفراق. وإن كانت لا تتوب، نظر في حال نفسه أنه هل يمكنه الصبر عنها ، فإن علم أنه لا يمكنه الصبر عنها يراجعها ، وإن علم أنه يمكنه الصبر عنها يطلقها في الظهر الثاني ثانياً ويجرب نفسه ، ثم يطلقها . فيخرج نكاحها من أن يكون مصلحة ظاهراً وغالباً ؛ لأنه لا يلحقه الندم غالباً . فأبيحت الطلقة الواحدة أو الثلاث في ثلاثة أطهار على تقدير خروج نكاحها من أن يكون مصلحة ، وصيرورة المصلحة في الطلاق . فإذا طلقها ثلاثاً جملة واحدة في حالة الغضب ، وليست حالة الغضب حالة التأمل لم يعرف خروج النكاح من أن يكون مصلحة فكان الطلاق إبطالا للمصلحة من حيث الظاهر فكان مفسدة .

والثاني - أن النكاح عقد مسنون بل هو واجب في بعض الحالات فكان الطلاق قطعاً للسنة وتفويتاً للواجب فكان الأصل هو الحظر والكراهة إلا أنه رخص للتأديب أو للتخليص . والتأديب يحصل بالطلقة

الواحدة الرجعية ؛ لأن التباين أو الفساد إذا كان من قبلها ، فإذا ذاق
مرارة الفراق فالظاهر أنها تتأدب وتتوب وتعود إلى الموافقة والصالح .
والتخليص يحصل بالثلاث في ثلاثة أطهار ، والثابت بالرخصة يكون ثابتا
بطريق الضرورة . وحق الضرورة صار مقضيا بالطلاق مرة واحدة حسب
البيان السابق ، فلا ضرورة إلى الجمع بين الثلاث في طهر واحد ، فبقى الطلاق
الثلاث مرة واحدة على أصل الحظر .

والثالث - أنه إذا طلقها ثلاثا في طهر واحد فربما يلحقه الندم قال
الله تعالى : « لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » قيل في التفسير أى
ندامة على ما سبق من فعله ، أو رغبة فيها ، ولا يمكنه التدارك بالنكاح إذا
ما أوقع الطلاق الثلاث دفعة واحدة فيقع في السفاح فكان في الجمع احتمال
الوقوع في الحرام ، وليس في الامتناع ذلك ، والتحرز عن مثله واجب شرعا
وعقلا ، بخلاف الطلقة الواحدة ، لأنها لا تمنع من التدارك بالرجعة ، وبخلاف
الثلاث في ثلاثة أطهار ؛ لأن ذلك لا يعقب الندم ظاهراً ؛ لأنه يحرب نفسه
في الأطهار الثلاثة فلا يلحقه الندم^(١) .

الألفاظ التي يقع بها طلاق السنة

١ - قال الأحناف : الألفاظ التي يقع بها طلاق السنة نوعان : نص ودلالة .
أما النص فنحو أن يقول لزوجته التي دخل بها : أنت طالق للسنة .
وقالوا ، توضيحاً لهذا الأمر : إذا قال الرجل لامرأته التي دخل بها : أنت
طالق للسنة ولانية له ، فإن كانت من ذوات الأقراء وقعت تطليقة للحال ،
إن كانت طاهراً من غير جماع ، وإن كانت حائضاً أو في طهر جامعها
فيه ، لم تقع الساعة أى لم تقع على الفور ، فإذا حاضت وطهرت ،
وقعت بها تطليقة واحدة ؛ لأن قوله أنت طالق للسنة إيقاع تطليقة بالسنة

(١) بدائع الصنائع للكاساني - ٣ من ٩٥ .

المعرفة باللام ، لأن اللام الأولى للاختصاص فيقتضى أن تكون التطليقة مختصة بالسنة . فإذا أدخل لام التعريف في السنة ، فيقتضى استغراق السنة ، وهذا يوجب تمحصها سنة بحيث لا يشوبها معنى البدعة ، أو تنصرف إلى السنة المتعارفة فيما بين الناس ، والسنة المتعارفة المعهودة في باب الطلاق ، مالا يشوبها معنى البدعة ، وليس ذلك إلا الطلاق الواقع في طهر لاجماع فيه . وإن نوى وقوع ثلاث ثلاث ؛ لأن التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف نوعان ؛ حسن ، وأحسن . فالأحسن أن يطلقها واحدة في طهر لاجماع فيه . والحسن أن يطلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار . فإذا نوى الثلاثة فقد نوى أحد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال : أنت طالق ثلاثا للسنة . لكنه لو نوى واحدة بامته بقوله : أنت طالق للسنة لا تقع البيئونة ؛ لأن لفظة الطلاق لا تدل على البيئونة ، وكذا لفظ السنة . بل تمنع ثبوت البيئونة ؛ لأن الإبانة ليست بمسنونة على ظاهر الرواية . ويستحيل أن يثبت باللفظ ما يمنع ثبوته . وأن نوى الثنتين لم يكن ثنتين ؛ لأنه عدد محض . بخلاف الثلاث ؛ لأنه فرد من حيث أنه كل جنس الطلاق^(١) ولو أراد بقوله : طالق ، واحدة ، وبقوله للسنة أخرى لم يقع ؛ لأن قوله للسنة ليس من ألفاظ الطلاق بدليل أنه لو قال لامرأته : أنت للسنة ونوى الطلاق لا يقع . ولو قال : أنت طالق ثنتين للسنة ، أو ثلاثا للسنة ، وقع عند كل طهر تطليقة ، لأنها التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف . ولو قال أنت طالق ثلاثا للسنة ونوى الوقوع في الحال صحت نيته ، ويقع الثلاث من ساعة تكلم عند الإمام وصاحبيه ، لأن الطلاق تصرف مشروع في ذاته وإنما الحظر والحرمة في غيره فكان كل طلاق في أى وقت كان سنة ، فكان إيقاع الثلاث في الحال إيقاعا على وجه السنة حقيقة ؛ لأن السنة عند الإطلاق تنصرف إلى مالا يشوبه معنى البدعة بملازمة الحرام

إياه للعرف والعادة . فإذا نوى الوقوع للحال فقد نوى ما يحتمله كلامه وفيه تشديد على نفسه فتصح نيته . وقال الإمام وصاحبه : إن السنة نوعان ؛ ستة إيقاع وستة وقوع ، لأن وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة ، فإذا نوى الوقوع للحال فقد نوى أحد نوعي السنة ، فكانت نيته محتملة لما نوى فصحت . وقال زفر لا تصح نيته الثلاث وتنفرد على الأطهار ؛ لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه فتبطل نيته ؛ لأن عبارته أنت طالق ثلاثا للسنة إيقاع التطلقات الثلاث في ثلاثة أطهار لأن هذا هو طلاق السنة فصار كقوله أنت طالق ثلاثا ، في ثلاثة أطهار .

وقال الحنفية : لو أن رجلا قال لزوجته الصغيرة أو الأيسة : أنت طالق للسنة ولا نية له طلقت للحال واحدة وإن كان قد جامعها ، وكذا إذا كانت حاملا قد استبان حملها . ولو نوى الثلاث بقوله للأيسة والصغيرة : أنت طالق ثلاثا للسنة يقع للحال واحدة ، وبعد شهر أخرى ، وبعد شهر أخرى . وكذا في الحامل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن الحامل ، عندهما ، تطلق ثلاثا للسنة . وقال محمد : لا يقع إلا واحدة ، فالحامل ، عنده ، لا تطلق للسنة إلا واحدة^(١) .

٢ — الدلالة

وقال الأحناف : وأما الدلالة فنحو أن يقول أنت طالق طلاق العدة أو طلاق العدل أو طلاق الدين ، أو طلاق الإسلام ، أو طلاق القرآن أو طلاق الكتاب . وقد ورد ما يدل على أن الطلاق فيما أشار إليه إنما هو الطلاق في طهر لا جماع فيه . وهو الذي فسره السنة . يقول القرآن في ذلك : (فطلقوهن لعدتهن) أى مستقبلات لعدتهن ، والعدة بالاقراء أى الحيض فكان الله أمر بالطلاق لمن أراد على أن يكون في الطهر لتستقبل

عدتها (الحيض) ويكون معنى الآية طلقوهن ثلاثا في ثلاثة أطهار .
وطلاق العدل هو المسائل عن الباطل إلى الحق وهو طلاق السنة وطلاق
الدين والإسلام والقرآن والكتاب هو ما يقتضيه الدين والإسلام ،
والقرآن، والكتاب وهو طلاق السنة ، وكذلك طلاق الحق ، وهو ما يقتضيه
الدين إلى الحق وذلك طلاق السنة .

٢- المالكية

عرف بعض المالكية الطلاق: بأنه حل العصمة المنعقدة بين الزوجين^(١).

شرح التعريف

العصمة — المراد بها الوصف الاعتباري الناشئ من العقد على الزوجة
والمنعقدة — أى الثابتة بين الزوجين .

أى أن الطلاق حل وفك الوصف الاعتباري الثابت بين الزوجين
الناشئ من العقد على الزوجة .

وعرف صاحب الشرح الكبير الطلاق: بأنه إزالة عصمة الزوجية بصريح
لفظ ، أو كناية ظاهرة، أو بلفظ مامع نية^(٢).

أركان الطلاق :

أركان الطلاق عند المالكية أربعة :

١ ، ٢ — الزوج والزوجة

٣ — القصد بمعنى أن يقصد المطلق اللفظ في لفظ الطلاق الصريح ،
أو في الكناية الظاهرة ؛ وإن لم يقصد حل العصمة . أو قصد حل العصمة
في الكناية الخفية .

(٢١) حاشية الدسوقي على الدرر الكبير ج ٧ ص ٣٤٧ وحاشية العلامة الشيخ على

الصميدى ج ٢ ص ٥٦ .

طلاق المخطيء :

وتفريعا على ما تقدم قال المالكية : من سبق لسانه إلى الطلاق فنطق به لا يقع عليه طلاق ، سواء في ذلك الفتوى أو القضاء ، بشرط أن يثبت أن لسانه سبق إلى لفظ الطلاق ، وأنه أراد أن يتكلم بغير الطلاق فالتوى لسانه فتكلم بالطلاق غير قاصد هذا اللفظ .

وقال المالكية : لو أن رجلا اسم زوجته طارق فأراد أن يناديها يا طارق فالتفت لسانه وقال : يا طارق ، وادعى أنه التفت لسانه فإنه يصدق في الفتوى لا في القضاء . فإن أسقط حرف النداء مع إبدال الراء لاما ، وأدعى التفت لسانه لم يقبل منه لحصول شيئين هما الحذف والإلتفات .

طلاق المكره :

الرأي الراجح في المذهب كما يقول الإمام أبو الحسن^(١) ، رضى الله عنه ، أن المكره على الطلاق لا يقع طلاقه كما هو ظاهر الروايات . ومقابل ذلك أنه يقع عليه الطلاق . وبعض المالكية ومنهم اللخمي قيد عدم وقوع طلاق المكره ألا يترك التورية مع العلم والإعتراف بأنه لم يدهش بالإكراه عنها وإلا وقع طلاقه وقال العلامة الشيخ على الصعدي العدوي : والتقييد بما ذكر ضعيف . والمذهب أنه لا يحنث ولو ترك التورية مع مفرقتها^(٢) واستدل لعدم وقوع طلاق المكره ، بقول الرسول ، صلى الله عليه وسلم ، كما رواه مسلم : « لا طلاق في إغلاق ، أى لا طلاق واقع نتيجة إكراه .

مدى تحقق الإكراه المانع لوقوع الطلاق :

قال العلامة الشيخ على الصعدي العدوي : الإكراه يكون بخوف مؤلم من قتل أو ضرب ، ولو قل ، أو يمين أو قيد ظاهره فيهما وإن قل ،

(١) حاشية العلامة الشيخ على الصعدي ج ٢ ص ٥٦ .

أو صفع في القفا لذى مروءة بملا، أى بجمع، ولو غير أشرف؛ فإن فعل به في الخلاء فليس إكراهاً، لاني ذوى المروءة. ولا في غيره، أى إذا كان يسيراً وأما كثيره فإكراه ولو في غير الخلاء.

والمراد من الكثير: ما يحصل من التهديد به الخوف لذى المروءة وغيره في الملا والخلاء. واليسير ما يحصل بالتهديد به^(١). الخوف لذى المروءة في الملا:

التهديد بأمر يحدث في المستقبل

يظهر من كلام فقهاء المالكية أنه لا يشترط في الإكراه كون المخوف به يقع ناجزاً فلو قال له: إن لم تطلق زوجتك فعلت بك كذا وكذا بعد شهر، وحصل الخوف بذلك كان إكراهاً.

الخطأ نتيجة الإكراه

وقال بعض المالكية: لو أن رجلاً أكره على أن يطلق زوجته طلقة فطلقها ثلاثاً، أو أكره على أن يعتق عبداً فأعتق أكثر، أو أكره على أن يطلق زوجته فأعتق عبده، أو عكسه، فالظاهر عدم لزوم شيء من ذلك؛ لأن ما يصدر من المكروه حالة الإكراه بمنزلة ما يصدر من المجنون^(٢).

قال صاحب الشرح الكبير^(٣):

واعلم أن الإكراه إما شرعى أو غيره. ومذهب المدونة الذى به الفتوى، أن الإكراه الشرعى طوع يقع به الطلاق جزماً خلافاً للمغيرة. كما لو حلف بالطلاق لا خرجت زوجته. فأخرجها قاض لتحلف عند المنبر، وكما لو حلف في نصف عبد يملكه، لا يباعه. فأعتق شريكه نصفه فقوم عليه نصيب

(١) المصدر السابق والمرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٧ (والمراد من التورية أن يأتي الخائف باقظ فيه إيهام على السامع، له معنيان، قريب وهيب ويريد البعيد كقوله مى طالق، ويريد من وثاق، أو يريد وجهاً بالطلاق ومعناه القريب لإبانة العصاة.

(٢) حاشية العلامة الشيخ على الصميدى ج ٢ ص ٥٦.

(٣) ج ٢ ص ٣٦٧.

الحالف وكل به عتق الشريك ، أو حلف لا اشتراه فأعتق الحالف نصيبه
فقوم عليه نصيب شريكه لتكميل عتقه لزمه الطلاق على المذهب . والمصنف
رحمه الله اختار مذهب المغيرة ورد (بلو) مذهب المدونة الراجح بقوله :
« ولو بتقويم جزء العبد ، الذي حلف لأبائه أو لأشترائه . وكان الصواب
العكس »^(١) ، وأدخلت الكاف كل ما كان فيه الإكراه شرعياً^(٢) .
(أو في فعل)^(٣) داخل في حيز المبالغة أى فلا يحث كلفه بطلاق لأدخل
داراً فأكرهه على دخولها ، أو حمل وأدخل مكرها . خلافاً لابن حبيب
القاتل بالحنث في الإكراه الفعلي وهو مقيد^(٤) بما إذا كانت صيغة برّ
كما مثلاً . فإن كانت صيغة حنث نحو إن لم أدخل الدار فمى طالق
فأكرهه على عدم الدخول فإنه يحث كما قدمه في اليمين ، حيث قال : ووجبت
به إن لم يكرهه . ومقيد بما إذا لم يأمر الحالف غيره أن يكرهه ، وبما إذا
لم يعلم أنه سيكرهه . وبما إذا لم يقل في يمينه لا أدخلها طوعاً ولا كرهاً ،
لا يفعله بعد زوال الإكراه حيث كانت يمينه غير مقيدة بأجل .

وقال شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي^(٥) :

والحاصل : أنه إذا أكرهه على إيقاع الطلاق لم يلزمه اتفاقاً . وإن أكرهه
على فعل لم يتعلق به حق للمغير فلا يلزمه الطلاق على المعتمد بالشروط

(١) أى بأن يقول لا تقويم جزء العبد .

(٢) كما إذا حلف لا يفتق على زوجته أولاً بطبيع أبيه ، أولاً يفضى فلانا دينه الذى
عليه فإذا أكرمه القاضي على الاغاق عليها أو على طاعة أبيه ، أو على قضاء الدين لم يلزمه
طلاق على رأى المصنف ويلزمه الطلاق على الراجح من المذهب .

(٣) قوله : (في فعل) فى معنى على هذا إذا أكرهه على إيقاعه بل ولو أكرهه على
فعل . والمراد بالفعل الفعل الذى لا يتعلق به حق للخلق ؛ لأن هذه هى التى فيها خلاف ابن
حبيب . وأما التى فيها حق للخلق فهى التى تهتمت فيها خلاف المغيرة والمدونة .

(٤) أى وعدم الحث مقيد بما إذا كانت صيغة برّ كلفه طلاق إلا يدخل دار فلان
— أو كقوله إن دخلت دار محمد فأنت طالق :

(٥) حاشية الدسوقي على الفرح الكبير ج ٧ ص ٣٦٧ .

الحتمية المذكورة في الشارح^(١) خلافا لابن حبيب القائل بلزوم الطلاق . وإن أكره على فعل تعلق به حق للغير : لزمه الطلاق على المذهب خلافا للغيرة ...

وعلق صاحب الشرح الكبير، في شرحه على ما ذكره مولانا أبو الضياء خليل من أن الطلاق يلزم من أكره على التلفظ به وإيقاعه فترك، التورية مع معرفته بها، وعدم دهشته بالإكراه . فقال : « والمذهب عدم الحث ولو عرفها وترك »^(٢) .

مدى اعتبار التهديد بإتلاف المال إكراها .

قال العلامة الدسوقي « واعلم أنه جرى في التخويف بأخذ المال ثلاثة أقوال: قيل إكراه . وقيل ليس إكراها . وقيل إن كثر إكراه، وإلا فلا . والأول للمالك . والثاني لأصبح . والثالث لابن الماجشون . ثم إن المتأخرين اختلفوا فمنهم من جعل الثالث تفسيرا للأولين؛ وذلك كابن بشير ومن تبعه . وعلى هذا فالمذهب على قول واحد . ومنهم كابن الحاجب جعل الأقوال الثلاثة متقابلة إبقاء لها على ظاهرها .

التهديد بقتل غير الولد

ولو قال ظالم لشخص إن لم تطلق زوجتك قتل فلانا صاحبك ، أو أخاك، أو عمك فطلق، فإنه يقع عليه الطلاق؛ لأن التخويف بقتل الأجني،

(١) يقصد العلامة الدسوقي بالفروض الحتمية المذكورة في الشارح أى المذكورة في المرح الكبير . ومضى (١) أن تكون الصيغة صيغة بر (٢) ألا يأثم الخائف فيه أن يكرهه (٣) وألا يعلم أنه سيكرهه على الفعل (٤) وألا يقول الخائف في عينه لا أنبل هذا الصيغ طوعا ولا كرها (٥) ألا يغفل الصيغ الخلوفا عليه بعد زوال الإكراه ، حاشية الدسوقي على المرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٧ .

(٢) الشرح الكبير لمولانا صاحب البركات سيدي أحمد الدردري ج ٢ ص ٣٦٨ .

وهو غير الولد. لا يعد إكراهها شرعا. وأما التهديد بقتل الابن فقبيل إكراه كالولد وهو الظاهر ، وقيل كالأخ .

ولو قال ظالم لشخص: فلان عندك وتعلم مكانه ، ائتني به أقتله أو آخذ منه كذا ، أو إن لم تأتني به قتلت زيدا صاحبك أو أخاك . فقال : ليس عندي ولا أعلم مكانه . فأحلفه الظالم على ذلك بالطلاق والخل أن الحالف يعلم مكانه ، وقادر على الإتيان به لذلك الظالم. فإن الحالف لا يعذر بذلك ، ويبحث في يمينه . ولكن لا إثم عليه في الحلف بل أتى بمندوب فيثاب عليه . والظاهر أنه يبحث ، ولو تحقق حصول ما ينزل يزيد هذا لو امتنع من الحلف وهو كذلك . . .

صيغة الطلاق

الركن الرابع من أركان الطلاق عند المالكية : الصيغة

انواعها

قال المالكية : تنقسم صيغة الطلاق إلى ما يأتي :

١ — لفظ صريح وهو ما فيه لفظ الطلاق ولا يحتاج إلى نية .

٢ — كناية ، وهي قسيان :

(أ) كناية ظاهرة — وسيأتي بيانها .

(ب) كناية خفية — أي محتملة للطلاق وغيره . نحو اذهب وانصرف ؛

فتقبل في هذا النوع من صيغ الطلاق دعوى الزوج نية الطلاق من عدمه . وفي عدده . فإذا قال اذهب ، وانصرف مثلا . وقال : لم أرد بذلك طلاقا فإنه يحلف على ذلك ولا شيء عليه . والظاهر أن محل الحلف إذا كان في وقت غضب بحيث يقع الوم أنه قصد الطلاق . وإن قال نويت بذلك الطلاق . فإنه يلزمه . فإن كانت له نية بطلقة أو أكثر عمل بها . وإن لم تكن له نية في عدد لزمه الثلاث ، وهذا قول أصبغ . واعترضه ابن عرفة وأقوى بواحدة إلى أن مات . والظاهر رجعية في المدخول بها ، بانه في غيرها . وأما إذا

ادعى عددا دون الثلاث ، فهل يحلف على هذا الادعاء أو لا ؟ في ذلك نظر^(١).

الوصف الشرعى للطلاق

يرى للملكية أن الطلاق ، من حيث هو ، جائز . قد تعثر به الأحكام الأربعة ، من حرمة ، وكراهة ، وجوب ، وزدب ، فالسني^(٢) ما استوفى الشروط الآتية ولو حرم . وما لم يستوفها فبدعى ولو وجب ، كمن لم يقدر على القيام بحقتها من نفقة أو وطء ، وتضررت ولم ترض بالمقام معه ،

طلاق السنة

معناه : أى الطلاق الذى أذنت السنة في فعله مشتملا على الشروط الآتية

شروطه : شروط الطلاق السني أربعة ، هى :

١ - أن يوقع طليقة واحدة كاملة . فإن أوقع أكثر من واحدة ، أو بعض طليقة ، لم يكن الطلاق طلاق السنة .

٢ ، ٣ - أن يوقع الطلاق وقت طهر للزوجة لم يمسه فيها .

٤ - أن لا يردف الطليقة بطليقة أخرى في عدة رجعى .

٥ - وزاد صاحب الشرح الكبير شرطا آخر وهو أن يوقع الطليقة على جملة المرأة لا بعضها .

الطلاق البدعى

الطلاق البدعى : هو الطلاق الفاقد لشرط أو أكثر من الشروط الواجب

(١) حاشية العلامة الشيخ على الصميدى ج ٢ ص ٥٦ ، ٥٧ .

(٢) الفرح الكبير لبيد أحمد الدرري ، على مختصر خليل ج ١ ص ٣٦١ .

توافرها في الطلاق السني كأن يطلق الرجل زوجته في الحيض ، أو في طهر
جامعها فيه . أو يوقع عليها أكثر من طلقة أو يردف طلقة أخرى في عدة
رجعى أو يوقعها على جزء المرأة كيدك طالق .
والطلاق البدعى إما مكروه أو حرام .

من طلق المرأة في حيضها يجبر على رجعتها

قال المالكية : إذا طلق الرجل زوجته المدخول بها وهي حائض
طلاقاً غير ثلاث وغير مكمل للثلاث لزمه الطلاق وأجبر على الرجعة ولو لم
يتعمد الإيقاع في الحيض ؛ كمن علق طلاقها على دخول دار في غير زمن
الحيض فدخلها زمنه . وكذلك يجبر على رجعة من طلقها في طهر قبل تمام
حيضها وعادها الدم ، وإن لم يحرم عليه طلاقها بأن ظن عدم عودة الدم .
وهذا على الأرجح عند ابن يونس وهو المعتمد — وقيل لا يجبر على الرجعة
واستحسن هذا الرأي الباجي وهو قول ضعيف . والجبر يستمر لأخر العدة
إذا غفل عنه حين الطلاق في الحيض إلى أن طهرت ثم حاضت ثم طهرت
ثم حاضت فإنه يجبر على رجعتها ما بقي شيء من العدة — وقال أشهب يجبر
ما لم تطهر من الحيضة الثانية لأنه عليه الصلاة والسلام أباح في هذه الحالة
طلاقها ، فلم يكن للاجبار معنى . والرأى الأول هو المذهب ^(١) .

طريقة الجبر

والإجبار أن يأمره الحاكم أولاً بالتراجع ؛ لأن الارتجاع في هذه الحالة
حق لله تعالى . فإن امتثل انتهى الأمر ، وإن أبى هدد بالسجن ، فإن أبى
بعد التهديد به سجن بالفعل ثم إن أبى من الارتجاع هدد بالضرب . فإن
أبى ضرب بالفعل . ويكون ذلك كله بمجلس واحد ، لأنه معصية ، فإن
ارتجع فالأمر ظاهر ، وإلا ارتجع الحاكم ، بأن يقول : ارتجعت لك زوجتك .

(١) حاشية المسوق على الفرح الكبير ٢ ص (٣٦١) ، ٣٦٢ .

وجاز الوطء بارتجاع الحاكم ولو لم ينوها الزوج ؛ لأن نية الحاكم قائمة مقام نيته ، وجاز به التوارث^(١) .

طلاق غير المدخول بها والحامل

يرى المالكية أن علة المنع من تطليق المدخول بها أثناء حيضها وهي المنع من تطويل العدة عليها غير موجودة هذه العلة في غير المدخول بها فيجوز تطليقها في أى وقت في الحيض أو في الطهر لأنه لا عدة عليها — والحامل لا تطويل عليها إذا طلقت في أى وقت ؛ لأن عدتها بوضع الحمل^(٢) .

٣ - الشافعية

تعريف الطلاق

عرف بعض الشافعية الطلاق شرعاً بأنه : حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه وعرفه أبوزكريا يحيى بن شرف النووي في تهذيبه بأنه : تصرف بمالك للزوج يحدنه بلا سبب فيقطع النكاح^(٣)

الدليل على مشروعيته

الدليل على مشروعية الطلاق : الكتاب ، السنة ، والإجماع .

الكتاب :

أما الكتاب فنه قوله تعالى : «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» أى عدد الطلاق الذى تملك الرجعة بعده مرتان فلا ينافى أنه ثلاث وقد سئل صلى الله عليه وسلم أين الثالثة؟ فقال : أو تسريح بإحسان. ولذلك قال تعالى : بعد ذلك «فإن طلقاها» أى الثالثة ، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره^(٤) .

(٢٤١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٢ ، ٣٦٣

(٣) من المحتاج للمعرفة معانى ألفاظ المتهاج ج ٣ ص ٢٧٩

(٤) حاشية الباجورى ج ٢ ص ٢٣٤ .

وقوله تعالى : « يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَقُوهُنَّ مِنْ لَدُنْهِنَّ » .
السنة

ومن السنة ما روى عن النبي، صلى الله عليه وسلم، « ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق » . والمراد بالحلال في هذا الحديث الشريف : المكروه فإنه حلال بمعنى جائز مبغوض لله ، لأنه نهي عنه نهي تنزيه .
ومنها أيضاً — ما روى عن رسول الله، صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : « أتاني جبريل فقال لي راجع حفصة فإنها صوامة قوامة ، وإنها زوجتك في الجنة » .

الإجماع
أجمع المسلمون من لدن رسول الله، صلى الله عليه وسلم ، إلى بومنا هذا على مشروعية الطلاق .

أركانه
أركان الطلاق خمسة : صيغة ، ومحل ، وولاية عليه ، وقصد ، ومطلق (١) .
١ - الصيغة

الطلاق إما صريح أو كناية ؛
فالصريح ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق . ولذلك لا يحتاج إلى نية .
فلو قال الزوج بعد أن تلفظ بصريح الطلاق لم أرد الطلاق لم يقبل .
والكناية : ما يحتمل غير الطلاق ، ولذلك يحتاج إلى نية (٢) .

الوصف الشرعي للطلاق
جاء في الإقناع وقسم جماعة الطلاق إلى الأحكام الخمسة . واجب كطلاق (٣)

(١) منى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج

(٢) حاشية الباجوري ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٣) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للامام الشيخ محمد الخطيب القريني ج ٢ ص ١٧٠

الحكم في الشقاق ، ومنسوب كطلاق زوجة حالها غير مستقيم ؛ كأن تكون غير عفيفة . وحرام ؛ كالطلاق البدعي ، وكا سيأتي - ومكروه ، كطلاق مستقيمة الحال . وعليه حل أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق . وأشار الإمام إلى المباح بطلاق من لا يهاهما الزوج ، ولا تسمح نفسه بمؤتمتها من غير استمتاع بها

الحنابلة

تعريف الطلاق :

عرف الحنابلة الطلاق بأنه حل قيد النكاح .

دليل مشروعيته :

استدل الحنابلة على مشروعية النكاح بما لا يخرج عما استدل به الشافعية فقالوا : والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع .

الكتاب :

أما الكتاب فقول الله تعالى : (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)^(١) .

وقوله تعالى : (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن)^(٢) .
وجه الاستدلال :

في الآية الأولى بين الله سبحانه وتعالى أنه يجوز أن يأتي الزوج بالطلاق وهذا دليل على أنه مشروع ، وعلى أن الزوج له تكرار فعله . أما الآية الثانية فقد نصت على جواز الطلاق وإباحته وأبانت أنه ينبغي إذا دعت الضرورة

(١) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة

(٢) الآية رقم ١ من سورة الطلاق

لإيقاعه أن يكون في طهر لم يمسا فيه لتستقبل بعده عدتها حسب ما بينته السنة النبوية وفصلته .

السنة

وأما السنة فيها ما روى ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، عن ذلك فقال له رسول الله ، صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء . »

وجه الاستدلال

الحديث واضح منه مشروعية الطلاق من وجوه منها : ابن عمر رضی الله عنهما طلق زوجته ولم يتكر عليه رسول الله إيقاعه الطلاق ؛ بل أنكر عليه إيقاعه الطلاق في الحالة التي كانت عليها زوجته وقت أن أوقع عليها الطلاق . والسبب في الإنكار ظاهر ، فإن في طلاق المرأة وهي حائض إلحاق ضرر بها ، ومنه إطالة عدتها . فلو كان إيقاع الطلاق غير مشروع لأنكر الرسول ، صلى الله عليه وسلم على ابن عمر إيقاعه مطلقاً لا إيقاعه زمن حيض زوجته . كما أباح الرسول لابن عمر — بعد أن يراجع امرأته — ويتركها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، أن يطلقها بعد ذلك إن شاء قبل أن يمسا ؛ فلو كان إيقاع الطلاق غير مشروع ، ما أباحه رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، لابن عمر . فالرسول — صلوات الله عليه وسلامه لا يبيح محظوراً (١) .

الإجماع

قال الحنابلة : وقد أجمع الناس على جواز الطلاق ، والعبرة دالة على

(١) المتي لابن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ والفرح الكبير على هامشه ذات

جوازها، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين، فيصير بقاء النكاح مفسدة محضنة، وضرراً مجرداً يالزام الزوج النفقة والسكنى، وجنس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة. فاقضى ذلك شرع مايزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه^(١).

الوصف الشرعى للطلاق

قال الحنابلة : الطلاق على خمسة أضرب :

١ — واجب : وهو طلاق المولى بعد التربص إذا أبى الفيتة ، وطلاق الحكيمين في الشقاق إذا رأيا ذلك .

٢ — مكروه : وهو الطلاق من غير حاجة إليه . وقال القاضى : فيه روايتان (إحداهما) أنه محرم لأنه ضرر بنفسه ، وزوجته ، وإعدام للبصاحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه فكان حراما كإتلاف المال .

ولقول النبي، صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » .
(والثانية) أنه مباح لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » ، وفي لفظ « ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق » رواه أبو داود . وإنما يكون مبغوضاً من غير حاجة إليه وقد سماه النبي، صلى الله عليه وسلم ، حلالاً ؛ ولأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها فيكون مكروهاً .

٣ — مباح : وهو عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها ، والتضرر بها من غير حصول الغرض بها .

٤ — مندوب إليه : وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة

(١) المتن لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ . والفرح الكبير على هامشه ذات الجزء ، والصفحة .

عليها مثل الصلاة ونحوها ، ولا يمكنه إجبارها عليها ، أو تكون له امرأة غير عفيفة . قال أحد : لا ينبغي له إمساكها وذلك لأن فيه نقصا لدينه ، ولا يأمن إفسادها لفراشه وإلحاقها به ولداً ليس هو منه . ولا بأس بعضلها في هذه الحال ، والنضيق عليها لتفتدى منه . قال الله تعالى : (ولا تعضلوهن ، لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، ويحتمل أن الطلاق في هذين الموضعين واجب . ومن المندوب إليه الطلاق في حال الشقاق ، وفي الحال التي تخرج المرأة إلى المخالعة لتزيل عنها الضرر .

هـ - محظور : وهو الطلاق في الحيض ، أو في طهر جامعها فيه . أجمع العلماء في جميع الأمصار ، وكل الأعصار على تحريمه . ويسمى طلاق البدعة ؛ لأن المطلق خالف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله . قال الله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » : وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « إن شاء طلق قبل أن يمس ، فذلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » . وفي لفظ رواه الدارقطني بإسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله ، إنك أخطأت السنة ، والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » . ولأنه إذا طلق في الحيض طول العدة عليها ؛ فإن الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها ، ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الأقراء الحيض ، وإذا طلق في طهر أصابها فيه لم يأمن أن تكون حاملا فينتهم . وتكون مرتابة لا تدري أتعنت بالحمل أو بالإقراء .

تقسيم آخر

وقسم فقهاء الحنابلة الطلاق من حيث العدد ، والزمن إلى طلاق السنة ، وطلاق البدعة باعتبارها الوقت إلى صحيح ، وكناية عن

أركان الطلاق

لم أجد لفقهاء الحنابلة عنواناً ضمنه أركان الطلاق صراحة . لكنهم قالوا :
ويصح الطلاق من زوج عاقل مختار ، ولو يميزاً بعقله ، ولو دون عشر ، يعلم
أن زوجته تبين منه وتحرم عليه (١) . ثم تكلموا في بيان صيغة الطلاق ، وقسموا
الطلاق إلى صريح ، وكناية . كما قالوا : إن الصيغة يصح أن تكون بغير
لفظ ، فأجازوا طلاق الأخرس الذي تفهم إشارته — وقالوا : تعتبر إرادة
لفظ الطلاق لمعناه ، فلا طلاق لفقيه يكرره ، وحاك عن نفسه أو غيره ،
ولا من زال عقله لسبب يعتذر فيه كالمجنون والتائم والمغمى عليه ، ولا لمن
أكره على شرب مسكر ، أو شرب ما يزيل عقله ، ولم يعلم أنه يزيل العقل ،
أو أكل بنجاً ونحوه ولو لغير حاجة (٢) . وقالوا : إن جزء الطلقة : كالطلقة
فإذا قال أنت طالق نصف طلقة طلقت طلقة (٣) .

وقالوا فيما لو قال ، رجل لامرأته : أنت طالق في كل سنة طلقة إنها تطلق
الطلقة الأولى في الحال ، والثانية في أول المحرم ، وكذا الثالثة إن بقيت الزوجة
في عصمته ، وإن بانّت حتى مضت السنة الثالثة ثم تزوجها لم يقع . ولو نكحها
في الثانية أو الثالثة وقعت الطلقة عقبه (٤) .

ومفاد هذا أنهم يرون أن كل هذه الأمور من أركان الطلاق بمعنى أنه
يتوقف عليها . أي أنهم يرون الصيغة والمطلق والزوجة من أركان
الطلاق .

(١) متن الإقناع لشيخ الإسلام شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي ج ٤ ص ٣

(٢) المصدر السابق ص ٣ ، ١٧ .

(٤) المصدر السابق ص ٢٨ .

الشريعة الإمامية :

معنى الطلاق

عرف الشيعة الإمامية الطلاق بأنه : إزالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة طالق . وقالوا : إن أركانه أربعة . الصيغة ، والمطلق ، والمطلقة ، والإشهاد على الصيغة .

صيغة الطلاق

صيغة الطلاق المعتمدة هي اللفظ الصريح أو ما يقوم مقامه من إشارة الأخرس .

ألفاظ الصريح

يرى الشيعة الإمامية أن صريح الطلاق لا يتحقق إلا إذا تلفظ المطلق وقال أنت طالق ، أو زوجتي فلانة طالق وقالوا : إنه لا يكفي أنت طلاق في وقوع الطلاق ، ولا يكفي أنت مطلقة ، ولا طلقت فلانة على قول مشهور؛ لأنه ليس بصريح ، فلا بد من ذكر اسم الزوجة أو ما يفيد التعيين . وقالوا في التعليل لعدم وقوع الطلاق بقول الزوج أنت مطلقة ، وأنت طلاق . إن هذا إخبار ، ونقله إلى إنشاء الطلاق على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على موضع الوفاق وهو صيغ العقود ، فاطراده في الطلاق قياس والنص دل فيه على طالق ، ولم يدل على غيره فيقتصر عليه (١) .

لا يقع الطلاق بالكنايات

نص الشيعة الإمامية على أن الزوج لو قال لزوجته أنت سراح ، أو سرحك ، أو فارقتك ، لا يقع بهذا القول الطلاق؛ وإن عبر القرآن بهذين اللفظين عن الطلاق بقوله (أو تسميحاً بحسان)؛ لأنهما عند الإطلاق لا يطلقان عليه ،

(١) المروضة البهيمة : اللغة النحوية للشيخ النابلي ج ٢ ص ٤٧٠ .

فكانا كتابة عنه لاصراحة فيهما، والتعير بهما لا يدل على جواز إيقاعه بهما. وتقريراً على قاعدتهم السابقة وهي أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ صريح فيه، وهو لفظ طالق، بأن يقول المطلق للزوجة: أنت طالق، أو زوجتي فلانة طالق. أما كتابات الطلاق فلا يقع بها الطلاق لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت شرعاً ما يزيله. وقالوا بعدم وقوع الطلاق؛ بقول المطلق: أنت خلية أو يرية، أو بنة، أو بنتة، أو حرام، أو بائن، أو اعتدى وإن قصد الطلاق. طلاق الآخرس

طلاق الآخرس بالإشارة المفهمة له، وإلقاء القناع على رأسها؛ ليكون قرينة على وجوب تسترها منه. والرأى الشائع، عند فقهاء الإمامية، أن طلاق الآخرس إنما هو بإشارته المفهمة لإرادته إنشاء الطلاق وإلقاء القناع على رأسها هو من جملة الإشارات^(١).

الطلاق لا يقع بالكتابة

قال الإمامية: لا يقع الطلاق بالكتب بفتح الكاف مصدر كتب كالكتابة من دون تلفظ من يحسن التلفظ، سواء كان الكاتب حاضراً أو غائباً على أشهر القولين، لأصالة بقاء النكاح، ولحسنه محمد بن مسلم عن الباقر (ع): «إنما الطلاق أن يقول: أنت طالق، الخبر وحسنه زرارة عنه (ع) في رجل كتب بطلاق امرأته قال: ليس ذلك بطلاق» — وفي المذهب رأى يفيد أن الطلاق يقع بالكتابة للغائب دون الحاضر لصحيفة أبي حمزة الثمالي عن الصادق (ع) «في الغائب لا يكون طلاق حتى ينطق به لسانه، أو يخطه بيده، وهو يريد الطلاق، وحمل على حالة الاضطراب جميعاً، ثم على تقدير وقوعه للضرورة أو مطلقاً غير مقيد بالضرورة بالنسبة للغائب فقط. واشترط من يقول بوقوع الطلاق بالكتابة للغائب أن يراه الشاهدان، وهو يكتب؛ لأن ذلك بمثابة النطق بالطلاق، فلا يتم إلا بالشاهدين. وكذا يعتبر رؤيتهما إشارة العاجز عن النطق^(٢)».

لو اختارت المرأة نفسها لا يقع الطلاق .

كذلك يرى الإمامية، على رأى الراجح عندهم، أن الزوج لو خير زوجته بين الطلاق والبقاء، يقصد الطلاق، فاختارت نفسها في الحال لا يقع الطلاق . وهناك رأى آخر في المذهب بوقوع الطلاق^(١) . وبه قال ابن الجنيّد .

أدلة الرأى الأول

استدل من قال بعدم الطلاق لو اختارت المرأة الطلاق بقول الصادق (ع) «ما للناس والخيار إنما هذا شئ» . خص الله به رسوله، صلى الله عليه وسلم .

ما استدل به ابن الجنيّد

استدل ابن الجنيّد على وقوع الطلاق باختيار المرأة نفسها إذا خيرها في ذلك زوجها بصحيحة حمراز عن الباقر عليه السلام: «الخيرة تبين من ساعتها من غير طلاق» . ورد هذا الدليل بأن ذلك محمول على تخييرها بسبب غير الطلاق كتدليس وعيب جمعا بين الدليلين .

٣ — الشافعية

الطلاق السنى والبدعى :

في مذهب الشافعية اصطلاحان: أحدهما هو أضبط: أن الطلاق ينقسم إلى قسمين: سنى وبدعى . وجرى على هذا الاصطلاح صاحب المنهاج^(٢) . فقال: الطلاق سنى وبدعى . وثانيهما ، وهو أشهر: يقسم الطلاق إلى سنى ،

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبى العاملى ج ٢ ص ١٤٧ ، ١٤٨
(٢) صاحب المنهاج الفقيه العلامة أبو زكريا يحيى بن شرف النووي من أعلام فقهاء الشافعية في القرن السابع الهجرى .

وبدعى ، ولا ولا ، فإن طلاق الصغيرة والآيسة والمختلعة والتي استبان حملها منه ، وغير المدخول بها ، لا سنة فيه ولا بدعة .

وعرف الشافعية الطلاق السنى : بأنه طلاق مدخول بها في طهر لم يجامعها فيه ، ولا في حيض قبله ، وليست بحامل ولا صغيرة ولا آيسة ، وهي تعتد بالأقراء .

وأما الطلاق البدعى فضربان : طلاق من شخص في حيض موطوءة ولو في الدبر ، ومثلهما من استدخلت مائه المحترم ولو في عدة من رجعى ، وهي تعتد بالأقراء^(١) . وهذا النوع من الطلاق حرام لمخالفته لقوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » أى في الوقت الذى يشرعن فيه في العدة ، وزمن الحيض لا يحسب من العدة ، والمعنى فيه تضررها بطول العدة ، فإن بقية الحيض لا تحسب منها ، والنفاس كالحيض لشمول المعنى المحرم له .

قال صاحب المعنى : لو أن الرجل ابتداء طلاق زوجته في حال حيضها ولم يكمله حتى ظهرت فالأوجه أن هذا الطلاق ليس بدعى . ولو حاضت الحامل فلا يحرم طلاقها — وطلاق المتحيرة ليس بسنى ولا بدعى .

ولو علق الرجل طلاق زوجته وهي حائض على شرط كأن يعلقه بدخول دار مثلا فليس بيدعى ، لكن ينظر .

وقال صاحب المنهاج : لو أن المرأة سألت زوجها طلاقا في حيضها فطلقها فيه لم يحرم لرضاها بطول العدة . وعلق على ذلك صاحب «مغنى المحتاج» قائلا : والأصح التحريم لإطلاق قوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » ، ولأنه ، صلى الله عليه وسلم ، لما أنكر الطلاق في الحيض لم يفصل ، ولو علق الطلاق باختيارها فانت به في حال الحيض مختارة^(٢) .

(١) مغنى المحتاج للمعرفة سائق ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٣٠٧ .

(٢) المصدر السابق . والاتفاق في حل ألفاظ أبى شجاع للشيخ محمد الصرينى الخطيب

والضرب الثاني، للبدعى: طلاق في طهر وطىء فيه في قبل، وكذا في دبر على الأصح، من قد تحبل لعدم صغرها وبأسها، ولم يظهر حمل منها؛ لأنه قد يندم لو ظهر حمل، فإن الإنسان قد يطلق الحائل دون الحامل، وعند الندم قد لا يمكنه التدارك فيتضرر الولد. وقال بعض فقهاء الشافعية: إن استدخال ماء الرجل المحترم هو بمثابة الوطء.

وهناك ضرب ثالث للبدعى مذكور في الروضة، وهو في حق من له زوجتان، وقسم لإحدهما، ثم طلق الأخرى قبل الميث عندها. ولو نكح حاملاً من زنى ثم دخل بها، ثم طلقها، نظر، إن لم تحض فبدعى؛ لأنها لا تشرع في العدة إلا بعد الرضخ والنفاس، وإلا فإن طلقها في الطهر، فسئى، أو في الحيض، فبدعى.

وقال صاحب المنهاج: لو وطىء الرجل حائضاً وطهرت فطلقها فبدعى في الأصح لا كتمال علوقها بذلك. وهناك رأى آخر يقول: إن الطلاق، في هذه الحالة، ليس يبدعى، لأن بقية الحيض تشعر بالبراءة.

لا تجب الرجعة على من طلق بدعياً.

قال الشافعية: من طلق طلاقاً بدعياً ولم يستوف عدد الطلاق سن له الرجعة ما لم يدخل الطهر، ثم بعد الرجعة إن شاء طلق بعد تمام طهر؛ لخبر الصحيحين «إن ابن عمر، رضى الله عنهما طلق، زوجته وهى حائض فذكر ذلك عمر للنبي، صلى الله عليه وسلم، فقال: مره فليراجعها، ثم ليطلقها طاهراً، أى: قبل أن يلبسها إن أراد. صرح بذلك في بعض رواياتهما.

ولم يقل الشافعية بوجوب الرجعة كما قال المالكية؛ لأن النبي، صلى الله عليه وسلم، لم يأمره، وإنما أمر أباه أن يأمره؛ والأمر بالأمر بالشيء ليس أمراً بالذي، لقوله صلى الله عليه وسلم: «أمر الله علياً...» بالصلوة لسمع سنين، كذا قالوه:

فإن قيل قوله : « فليراجعها » أمر منه ، صلى الله عليه وسلم ، أوجب بأن المراد فليراجعها لأجل أمرك ، فيكون الوجوب لأجل الوالد .

ترك الرجعة ليس بمكروه :

قال بعض الشافعية : لو أن المطلق طلاقاً بديعاً ترك الرجعة لا يكره له ذلك . قال في الروضة : إنه ينبغي كراهة ذلك ؛ للحديث الأمر بالرجعة ، ولدفع الإيذاء . — ورد هذا القول بأن الحديث لانتهى فيه .

٤ — الخنابلة

طلاق السنة عند الخنابلة

قال الخنابلة : طلاق السنة هو : أن يطلقها من غير جماع واحدة ، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها . قال أحمد : طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض . وقال الخنابلة : لوطلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد^(١) .

الدليل

استدل الخنابلة بما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : لا يطلق أحد للسنة فيندم . وعدم الندم لا يحصل إلا في حق من لم يطلق ثلاثاً .

كما قال ابن سيرين : إن علياً ، كرم الله وجهه ، قال : لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ، ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً ؛ يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثاً ، فتى شاء راجعها . كذلك استدل الخنابلة بما رواه ابن عبد البر بإسناده عن ابن مسعود أنه قال : طلاق السنة : أن يطلقها وهي طاهر ، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ويراجعها إن شاء .

(١) الحق لأبن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٧٣٦ . ٧٧٧

مناقشة الخنابة لأدلة الحنفية

قال الخنابة : إن الأحناف قد استدلوأعلى أن طلاق السنة هو أن يطلقها ثلاثاً ، في كل قره طلقة ، بحديث ابن عمر ، حين قال له النبي ، صلى الله عليه وسلم : (راجعها ، ثم أمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر) . وقالوا : إن الرسول ، صلى الله عليه وسلم ، أمره بأمساكها في هذا الطهر ، لأنه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل ، فإذا مضى ومضت الحيضة التي بعده أمره بطلاقها . كما استدلوأ بالحديث المروى عن ابن عمر : « والسنة أن يستقبل الطهر فيطلق لكل قره » . وبما روى النسائي بإسناده عن عبد الله ، قال : « طلاق السنة أن يطلقها بتليقة وهي طاهر في غير جماع فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ، ثم تعد بعد ذلك بحيضة » .

وقال الخنابة : إن حديث ابن عمر الأول لاحجة للحنفية فيه ؛ لأنه ليس فيه جمع الثلاث ، وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها ، ومعنى ارتجاع بعد الطلقة ثم طلقها كان للسنة على كل حال حتى قد قال أبو حنيفة : لو أمسكها بيده لشهوة ثم والى بين الثلاث كان مصيباً للسنة ؛ لأنه لا يكون مرتجعاً لها . والمعنى فيه أنه إذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الأولى فصارت كأنها لم توجد ، ولا غنى به عن الطلقة الأخرى إذا احتاج إلى فراق امرأته بخلاف ما إذا لم يرتجعها فإنه مستغن عنها لإفضائها إلى مقصوده من إباتها فاقتربا ولأن ما ذكره إرداف طلاق من غير ارتجاع ، فلم يكن للسنة كجمع الثلاث في طهر واحد . وتحريم المرأة لا يزول إلا بزواج وإصابة من غير حاجة فلم يكن للسنة كجمع الثلاث^(١) .

الطلاق البدعي

قال الحنابلة: الطلاق البدعي: هو أن يطلق الرجل زوجته وهي حائض وفي ظهر أصابها فيه .

حكم الطلاق البدعي

يقع الطلاق البدعي ويوجب الإثم . واستدل الحنابلة لذلك بحديث ابن عمر : أنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها فالأمر بالرجعة دليل على أن طلاق ابن عمر لزوجته الحائض قد وقع وإلا ما كان هناك داع لأن يأمره الرسول، صلى الله عليه وسلم ، بمراجعها . وفي رواية الدارقطني قال : فقلت يا رسول الله أفرأيت لو أتى طلقها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال: ولا ، كانت تبين منك . وتكون معصية ، وقال نافع . وكان عبد الله بن عمر طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه وراجعها كما أمره الرسول ، صلى الله عليه وسلم . كما يوضح ويؤكد وقوع الطلاق الذي يوقعه الرجل على امرأته الحائض رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال : قلت لابن عمر : أفتعتد عليه أو تحتسب عليه ؟ قال : نعم ، أ رأيت إن عجز واستحق ؟ وكل ما تقدم أحاديث صحاح .

وقال الحنابلة : إن الطلاق الواقع على المرأة الحائض طلاق من مكلف في محل الطلاق فلا بد من الحكم بوقوعه . وإنتاج أثره كالطلاق الذي يوقعه الرجل على زوجته الحامل . وهو عمل ليس بقربة حتى يعتبر لوقوعه موافقة السنة ، بل هو إزالة عصمة وقطع ملك ؛ فإيقاعه في زمن البدة أولى تغليظاً عليه ، وعقوبة له . أما غير الزوج فلا يملك الطلاق . والزواج يملكه بملكه محله .

رجعة المطلقة طلاقاً بدعياً مستحبة

خالف الحنابلة المالكية فلم يقولوا بوجوب رجعة المطلقة طلاقاً بدعياً . وقالوا باستحباب رجعتها ، وهذا هو ظاهر المذهب . واستدلوا لذلك بأمر النبي

صلى الله عليه وسلم لابن عمر بمراجعتة زوجته التي طلقها وهي حائض .
وأقل أحوال الأمر الاستحباب ، ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذى حرم
الطلاق .

رواية أخرى

وحكى ابن أبى موسى عن أحد رواة أخرى تقول : إن الرجعة تجب
وأختارها ؛ لظاهر الأمر فى الوجوب ، ولأن الرجعة تجرى مجرى استبقاء
النكاح ، واستبقاؤه ، ههنا ، واجب بدليل تحريم الطلاق ؛ ولأن الرجعة
لمساك للزوجة بدليل قوله تعالى : « فأمسكوهن بمعروف ، فوجب ذلك
كمساكن قبل الطلاق .

مناقشة أدلة هذه الرواية

قال صاحب المعنى يناقش ماسبق تدليلا على وجوب الرجعة فى الطلاق
البدعى فقال : ولنا أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة ، فلم تجب عليه الرجعة فيه
كالطلاق فقال فى طهر مسها فيه فإنهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب . حكاه
ابن عبد البر عن جميع العلماء . وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة .
وأما الأمر بالرجعة فمحمول على الاستحباب^(١) .

الظاهرة

قال ابن حزم : طلاق السنة هو أن يطلق الرجل امرأته فى طهر لم
يطأها فيه وهو طلاق لازم كيفما أوقعه إن شاء طليقة واحدة ، وإن شاء
طليقتين مجموعتين ، وإن شاء ثلاثا بمجموعة... فإن كانت حاملا منه أو من غيره ،
فله أن يطلقها حاملا وهو لازم ولو إثر وطئه إياها . فإن كان لم يطأها قط

(١) المعنى لابن قدام .

فله أن يطلقها في حال طهرها ، وفي حال حيضها إن شاء واحدة ، وإن شاء اثنتين ، وإن شاء ثلاثا . فإن كانت لم تحض قط أو قد انقطع حيضهاطلقها أيضاً كما قلنا في الحال^(١) .

الطلاق البدعي

والطلاق البدعي عند الظاهرية كما يوضحه كلام ابن حزم^(٢) هو طلاق الرجل امرأته أثناء حيضها ، أو في أثناء طهرها الذي وطئها فيه .

مدى نفاذ الطلاق البدعي

قال ابن حزم : من أراد طلاق امرأة له قد وطئها لم يحل له أن يطلقها في حيضتها ، ولا في طهر وطئها فيه . فإن طلقها طليقة ، أو طلقتين في طهر وطئها فيه أو في حيضتها لم ينفذ ذلك الطلاق وهي امرأته كما كانت إلا أن يطلقها كذلك نائمة أو ثلاثة مجموعة فيلزم .

الأدلة

قال ابن حزم

غير المدخول بها يجوز أن يطلقها زوجها في أي وقت وبالعقد الذي الذي يريده واحدة أو اثنتين أو ثلاثا . لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا انكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها^(٣) » .

(١) المحل لابن حزم ١٠٥ من ١٦٦ مسألة رقم ١٩٤٩

(٢) المصير السابق .

(٣) الآية رقم ١٩ من سورة الأحزاب

وجه الاستدلال

قد أباح الله عز وجل في الآية المذكورة طلاق التي تمس بالوطء ولم يحدد في طلاقها وقتاً، ولا عدداً، فوجب أن يعلم من ذلك أن هذا حكمها. وإن دخل بها وطال مكثها معه، ولو أشفرها^(١) فحملت من ذلك؛ لأنه لم يمسه، ولا تكون بذلك محصنة، لأن الله تعالى لم يستثن شيئاً من ذلك (وما كان ربك نسياً).

قال ابن حزم: فإن قيل: فمن أين حكتم بذلك في الكتابيات إذا طلقهن المؤمنون وأتم بطلون القياس؟ قلنا لقوله تعالى: (وأن أحكم بينهم بما أنزل الله)^(٢)، وبقوله تعالى: (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله)^(٣)، وأخص من هذا كله بجواب هذا السؤال قوله تعالى: (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن، أو تفرضوا لهن فريضة)^(٤)، فقد عمم عز وجل جميع النساء، ولم يخص مؤمنة من كافرة. فهذا قوله عز وجل في غير الموطوءة.

طلاق الموطوءة

قال ابن حزم: أما في الموطوءة فقول الله عز وجل: (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة، واتقوا الله ربكم لا تخرجنوهن من بيوتهن، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، وتلك حدود الله، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه، لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً)^(٥)،

(١) أشفرها أى جامها بين شفرها -

(٢) الآية رقم ٤٩ من سورة المائدة

(٣) الآية رقم ٣٩ من سورة الأحال

(٤) الآية رقم ٢٣٦ من سورة البقرة

(٥) الآية رقم ١ من سورة النور

والعدة لا تكون من الطلاق إلا في موطوءة ، فعلينا الله عز وجل كيف يكون طلاق الموطوءة وأخبرنا أن تلك حدود الله، وأن من تمداها ظالم لنفسه، فصح أن من ظلم وتعدى حدود الله عز وجل ففعله باطل مردود ؛ لقول النبي، صلى الله عليه وسلم: « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رده » فصح أن الطلاق المذكور لا يكون إلا للعدة كما أمر الله عز وجل . فنظرنا بيان مراد الله عز وجل بقوله : (فطلقوهن لعدتهن) فوجدنا ما روينا من طريق محمد بن عبد الله بن غنيم حدثنا أبي عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال : « طلقت امرأتى على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهى حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، فقال : « مره فليراجعها ، ثم ليدها حتى تطهر ، ثم تحيض حيضة أخرى ، فإذا طهرت فليطلقها قبل أن يحامها أو يمسكها ، فإنها العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء . » فكان هذا بيانا لا يحل خلافه . وقد روى هذا الخبر بنقصان عما أوردناه ، منها ما روينا من طريق شعبة عن قتادة قال : سمعت يونس بن جبير قال سمعت ابن عمر يقول وطلقت امرأتى وهى حائض فأتى عمر النبي، صلى الله عليه وسلم ، فذكر ذلك له ، فقال النبي، صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها فإذا طهرت فإن شاء طلقها . »

وقد روينا الأخذ بهذا عن عطاء قال على : وزيادة العدل لا يحل ترك الأخذ بها وهو خبر واحد عن قصة واحدة في مقام واحد .

طلاق الحامل

قال ابن حزم . وأما طلاق الحامل فتنص عليها ما روينا من طريق مسلم نا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان الثوري عن مولى بن عبد الرحمن مولى طلحة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض فقال رسول الله، صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها ، ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً . »

طلاق التي لم تحض

وقال ابن حزم : وأما التي تحض أو قد انقطع حيضها فإن الله عز وجل أجعل لنا إباحة الطلاق وبين^(١) لنا طلاق الحامل وطلاق التي تحيض ، ولم يحذ لنا تعالى في التي لم تحض ولا في التي انقطع حيضها حدا فوجب أنه تعالى أباح طلاقها متى شاء الزوج إذ لو كان له عز وجل في وقت طلاقها شرع لينه لنا .

وقوع الطلاق في الحيض

قال ابن حزم : اختلف الناس في الطلاق في الحيض إن طلق الرجل كذلك أو في طهر وطها فيه هل يلزم ذلك الطلاق أم لا ؟ وقد ادعى بعض القائلين بوقوع الطلاق في هذه الحالة بأن الإجماع انعقد على ذلك . وقد كذب مدعى ذلك لأن الخلاف في ذلك موجود ، وحتى لو لم يبلغنا لكان القاطع على جميع أهل الإسلام بما لا يقين عنده ولا بلغه عن جميعهم كاذبا على جميعهم ، قال ابن عباس : الطلاق على أربعة أوجه وجهان حلال ، ووجهان حرام فأما الحلال فإن يطلقها من غير جماع أو حاملا مستبينا حملها ، وأما الحرام فإن يطلقها حائضا ، أو حين يجماعها لا يدري أيشتمل الرحم على الولد أم لا ؟ . ومن المحال أن يحيز ابن عباس ما يخبر بأنه حرام وقد ورد عن ابن مسعود أنه قال : من طلق كما أمر الله تعالى فقد بين الله تعالى له ، ومن خالف فإننا لا نطبق خلافه . وقال ابن عمر في الرجل يطلق امرأته وهي حائض إنه لا يعتد بطلاقه . وعن عبد الله بن طاوس عن أبيه أنه كان لا يرى طلاقا ما خالف وجه الطلاق ووجه العدة ، وكان يقول وجه الطلاق أن يطلقها طاهرا عن غير جماع وإذا استبان حملها . وروى حماد بن يحيى عن قتادة عن خلاس بن عمرو أنه قال في الرجل يطلق امرأته وهي

حائض قال : لا يعتد بها . . . وأنكر ابن حزم وجود إجماع من الصحابة على إمضاء الطلاق في الحيض ، أو في طهر جامعها فيها سوى الرواية التي نقلت عن ابن عمر ، وقد عارضها ما هو أحسن منها عن ابن عمر — أما ما نقل عن أن عثمان بن عفان كان يقضى في المرأة التي يطلقها زوجها وهي حائض أنها لا تعتد بحيضتها تلك وتعتد بعدها ثلاثة فروي ومن أن زيدا بن ثابت قال ، فيمن طلق امرأته وهي حائض : يلزمه الطلاق وتعتد بثلاث حيض سوى تلك الحيضة . فهذه رواية ضعيفة لا يعتد بها . فالثابت الذي لا خلاف فيه بين أحد من أهل العلم قاطبة أن الطلاق في الحيض ، أو في طهر جامعها فيه بدعة نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل بدعة ضلالة فلا مخالفة لأمره صلى الله عليه وسلم فكيف يستجيزون الحكم بتجوز البدعة التي يقولون أنها بدعة وضلالة أليس بحكم المشاهدة بحيز البدعة مخالفا لإجماع القائلين بأنها بدعة ؟

ورد ابن حزم الحديث المروى عن أنس رضي الله عنه من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من طلق في بدعة ألزمناه بدعته ، فقال : أنه حديث موضوع بلا شك لم يروه أحد من أصحاب حماد بن زيد الثقات إنما هو من طريق إسماعيل بن أمية الذراع فإن كان القرشي الصغير البصري وهو بلا شك فهو ضعيف متروك . وإن كان غيره فهو مجهول لا يعرف من هو . وإن كان هذا الحديث من طريق عبد الباقي بن قانع راوى كل كذبة المنفرد بكل طامة فلا يعتد بحديثه — وعلى فرض أن هذا الحديث صحيح فلا حجة فيه لأن معنى ألزمناه بدعته أي إثمها كما قال الله عز وجل : (وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه)^(١) وليس في الحديث ما يفيد أنه يحكم عليه بإمضاء حكم بدعته وتجوزها في الدين . أما ما روى عن من طريق عبد الرزاق عن ابن

جريح قال أرسلنا إلى نافع وهو يترجل^(١) في دار الندوة ذاهبا إلى المدينة ، ونحن مع عطاء ، هل حسبت تطليقة عبد الله بن عمر امرأته حائضا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم . . فهذا الخبر موقوف على نافع ليس فيه أنه سمعه من ابن عمر فبطل الاحتجاج به . وأما ما نسب إلى ابن عمر من أنه قال : ما يمنعني أن اعتد بها ، وقوله وحسبت لها التطليقة التي طلقها ، فلم يقل فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حسبها تطليقة ، ولا أنه عليه الصلاة والسلام هو الذي اعتد بها طلاقا إنما هو إخبار عن نفسه ، ولا حجة في فعله ، ولا في فعل أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم — أما حديث بن أبي ذئب من أن نافعا أخبرهم عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : « مرة فليراجعها ، ثم ليسكها حتى تطهر . ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك ، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء وهي واحدة ، فغير مقطوع بأن لفظ « وهي واحدة » من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم بل هي لفظة أتى بها ابن أبي ذئب وحده ، والشرائع لا تؤخذ بالظنون . ثم لو صح يقينا أنها من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم لكان معناه وهي واحدة أخطأ فيها ابن عمر . أو وهي قضية واحدة لازمة لكل مطلق ، والرواية الصحيحة قد ذكرناها قبل من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر فيمن طلق امرأته حائضا أنه لا يعتد بذلك . وقد روى مثل ذلك مما يقوى هذه الرواية عن ابن جريح أنه قال أخبرني أبو الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن مولى عزة يسأل ابن عمر قال أبو الزبير وأنا اسمع كيف ترى في رجل طلق امرأته حائضا . فقال ابن عمر : طلق عمر امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال

إن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض قال عبد الله : فردها علي ولم يرها شيئاً ؟ وقال : إذا طهرت فليطلقن إذا شاء ، أو لمسك وقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن في قبل عدتهن) . وهذا مما قرئ ثم رفعت لفظة في قبل وأنزل الله تعالى (لعدتهن) — وقال ابن حزم : إن القول بأن أمر رسول الله لابن عمر بمراجعة زوجته دليل على أنها طلقة وأنه يعتد بها . قول لا دليل فيه على هذا الزعم لأن ابن عمر بلا شك إذ طلق زوجته حائضاً فقد اجتنبها ، فإنما أمره عليه الصلاة والسلام بأن يترك فراقه لها ، وأن يرجعها كما كانت قبل بلا شك .. أما قول بعض الفقهاء الورع إلزامه تلك الطلقة إذ قد يطلقها بعد ذلك بطлقتين فتبقى عنده ولعلمها مطلقة ثلاثاً . فهذا القول يتنافى والورع بل هو ضد الورع إذ معنى قولهم هذا إباحة فرجها لأجنبي بلا بيان ، وإنما الورع أن لا تحرم على المسلم امرأته التي نحن على يقين من أن الله عز وجل أباحها له وحرمها على من سواه إلا يقين وأما بالظنون والمحتملات فلا^(١) .

تعجب

وتعجب ابن حزم عن قالوا بوقوع طلاق من طلق امرأته وهي حائض أو في طهر جامعها فيه . فقال : والعجب كله أنهم إن وجدوا في الطلاق في الحيض ما يشغبون به عما ذكرنا ، فأى شيء وجدوا في طلاقه إباحة في طهر وطهها فيه . فإن قالوا : قسناه على الطلاق في الحيض قلنا : هذا باطل من القياس ، ولو كان القياس حقاً لكان هذا منه عين الباطل لأنه قياس الشيء على ضده ، (قياس طهر على حيض) فكيف وقياس كله باطل . فإن قالوا : إنكم تلزمون الطلاق في الحيض وفي طهر مسها فيه إذا كان الطلاق ثالثاً ، أو ثلاثة مجموعة ، وفي غير المدخول بها بكل حال قلنا : نعم

لأن قول الله عز وجل (فطلقوهن لعدتهن) لا إشكال في أنه تعالى إنما أمر بذلك في المدخول بها فيما كان من الطلاق دون الثلاث ، وفي هذين الوجهين أفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمر ، ولم يأمر قط عز وجل بذلك في غير مدخول بها ، ولا فيمن طلق ثالثة ، أو ثلاثة مجموعة . وليس في غير المدخول بها عدة طلاق فيلزم أن يطلق لها كما يفنا بنص القرآن وقوله تعالى : (لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ، فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف ، أو فارقوهن بمعروف) وليس هذا في طلاق الثلاث . فقد ورد عن نافع عن ابن عمر : أنه طلق امرأته واحدة وهي حائض ، كما ورد من طريق مسلم حدثنا محمد بن ربح حدثنا الليث بن سعد عن نافع عن ابن عمر : أنه طلق امرأته وهي حائض تطليقة واحدة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده حيضة أخرى ، ثم يمسكها حتى تطهر من حيضتها فإن أراد أن يطلقها فليطلقها حين تطهر من قبل أن يجامعها ، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء .

قال ابن عمر : أنت طلقت امرأتك مرة أو مرتين . فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرك بذلك . وإن كنت طلقها ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك ، وعصيت ربك فيما أمرك به من طلاق امرأتك . وقال ابن حزم : قد يمكن أن ابن عمر أراد بالمعصية (عصيت ربك فيما أمرك به من طلاق امرأتك) من طلقها كذلك دون الثلاث .

طلاق الثلاث دفعة واحدة .

يرى الظاهرية أن إيقاع الطلاق ثلاثاً مجموعة هو طلاق سنة وينفذ ويستدلون لذلك بالكتاب والسنة وبفعل الصحابة وأقوالهم .

الكتاب .

أما الكتاب فنه قوله تعالى (فإن طلقها فلا تحل له بعد حتى تنكح زوجاً غيره) (١)

وقوله جل شأنه: (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات، ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها)^(١).
وقوله تعالى : (وللمطلقات متاع بالمعروف)^(٢) .

وجه الاستدلال

الآية الأولى تفيد أن من طلقت ثلاثا لاتحل لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره سواء كانت الثلاث بمجموعة أم مفرقة ولا يجوز أن يخص بهذه الآية بعض ذلك دون بعض بغير نص مخصص .

وأما الآية الثانية (وإذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ...) فهي تفيد عدم إباحة الطلاق الثلاث والائتين والواحدة .

والآية الثالثة (وللمطلقات متاع بالمعروف) لم يخص الله سبحانه وتعالى مطلقة واحدة من مطلقة اثنتين ، ومن مطلقة ثلاثا .

السنة

ما روى من حديث الثمان عويمر العجلاني مع امرأته وفي آخره أنه قال كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال : وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وجه الاستدلال

١ — حدث أمام الرسول صلى الله عليه وسلم تطليق عويمر العجلاني لامرأته ثلاثا دون أن ينكر صلى الله عليه وسلم عليه ذلك فلو كان ذلك معصية لما سكوت رسول الله صلى الله عليه ولا اعتراض على فعله وأنكره . فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الإنكار على من طلق ثلاث طلاقات بلفظ واحد امرأة يظنها امرأته ولا يشك أنها في عصمته دليل على أن ما فعله

(١) الآية رقم ١٩ من سورة الأحزاب
الآية رقم ٧٤١ من سورة البقرة

سنة مباحة . إذ لو كانت طلاق الثلاث بمجموعة معصية لله تعالى لما سكت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيان ذلك ، ولم يوجد في خبر آخر ما يفيد النهي عنه .

٢ — ما روى عن عبيد الله بن عمر أخبرنا القاسم عن محمد بن أبي بكر عن عائشة أم المؤمنين قالت : إن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً فتزوجت فطلق .
(أى طلقها الزوج الثاني) فمثل رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتحل للآول ؟ قال : « لا ، حتى يذوق عسيتها كما ذاق الآول » .

وجه الاستدلال

لم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم هذا السؤال . ولو كان الثلاث بلفظ واحد لا يجوز ، لأخبر بذلك . فدل على أن الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد مباح .

٣ — ما روى أن فاطمة بنت قيس وذكرت أن زوجها ابن حفص ابن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثاً ، ثم انطلق إلى اليمن ، فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأثروا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة أم المؤمنين فقالوا : إن ابن حفص طلق امرأته ثلاثاً فهل لها من نفقة ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ليس لها نفقة ، وعليها العدة » .

وقد نقل هذا الحديث من عدة طرق منها طريق مسلم أخبرنا محمد بن المنثي أخبرنا حفص بن غياث أخبرنا هاشم بن عروة عن أبيه عن فاطمة بنت قيس قالت : قلت يا رسول الله زوجي طلقني ثلاثاً ، أخاف أن يقتحم على قال : فأمرها فتحول . ومن طريق مسلم أخبرنا محمد بن المنثي أخبرنا عبد الرحمن ابن مهدي أخبرنا سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم في المطلقة ثلاثاً قال : « ليس لها سكنى ولا نفقة » .

وجه الاستدلال

هذه الروايات المتواترة عن فاطمة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم في المطلقة ثلاثاً ، ولم ينكر عليه الصلاة والسلام على من طلقها ثلاثاً ،

ولم يخبر بأنه فعله ليس من السنة دليل على أن هذا الفعل ليس ببذعة^(١).

قول الصحابة :

قال ابن حزم : الثابت عن عمر الذي لا يثبت عنه غيره. ما روينا
عن عبد الرزاق عن سفیان الثوري عن سلمة بن كهيل أخبرنا زاید بن وهب
أنه رفع إلى عمر بن الخطاب برجل طلق امرأته ألفاً فقال له عمر : أطلقت
امرأتك ألفاً؟ فقال إنما كنت ألعب، فعلاه عمر بالدرة وقال: إنما يكفيك من
ذلك ثلاث، فهذه الرواية عن عمر تفيد أنه ما ضرب إلا لأنه زاد في طلاقه
على الثلاث، وأحسن عمر في ذلك وأعلمه أن الثلاث تكفي ولم ينكرها .
ونقل عن حبيب ابن أبي ثابت أن رجلاً جاء إلى علي بن أبي طالب
رضي الله عنه ؛ فقال : إني طلقت امرأتى ألفاً فقال له علي : بانت منك
ثلاث ، واقسم سأترهن بين نسائك فلم ينكر . علي ، رضي الله عنه ، جمع
الثلاث . ومثل هذا نقل عن عثمان بن عفان وابن عباس . أما ما نسب
إلى ابن عباس رضي الله عنهما من قوله لمن يطلق ثلاثاً ثم ندم : لو اتقيت
الله لجعل لك مخرجاً ، فلا يفيد أن طلاق هذا الرجل ثلاثاً بلفظ واحد معصية .
كذلك روى عن علقمة أنه قال : جاء إلى ابن مسعود . فقال : إني طلقت
امرأتى تسعاً وتسعين فقال له ابن مسعود : ثلاث تبينها . وسأترهن عدوان .
فلم ينكر ابن مسعود على الرجل جمع الطلاق الثلاث في لفظ واحد ، وإنما
أنكر عليه الزيادة على الثلاث . كذلك روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال :
« طلاق السنة أن يطلقها طاهراً من غير جماع » . فلم يخص ابن مسعود طلاقه
من طلاقين من ثلاث . فإن قيل : إنه قد روى عن ابن مسعود هذا الأثر فيه :
« فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى » ،
قلنا نعم : هذا أيضاً سنة ، وليس فيه أن ما عدا ذلك حرام وبذعة .

رأى التابعين

وقال ابن حزم : وأما التابعون فلم يعلم عن أحد منهم التصريح بأن الثلاث معصية إلا الحسن فقد روى من طريق وكيع عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال : قال رجل لشریح القاضي : طلقت امرأتی مائة فقال بانت منك بثلاث ، وسبع وتسعون إسراف ومعصية . فلم ينكر شریح الثلاث ، وإنما جعل الإسراف والمعصية ما زاد على الثلاث . وروى عن سعيد بن المسيب قال : طلاق العدة : إذا طهرت من الحيضة بغير جماع . فلم يخص واحدة ، من ثلاث ، من اثنتين .

الشيعة الإمامية

أقسام الطلاق :

قال الإمامية : ينقسم الطلاق إلى أربعة أقسام ، وهي :

١ - طلاق حرام ، وهو طلاق الحائض لا مع المصحح له ، وهو أحد أمور ثلاثة (١) عدم الدخول (ب) الحمل (ج) الغيبة على وجه مخصوص . والمراد غيبة الزوج مدة يعلم أو يظن انتقال الزوجة فيها من الطهر الذي واقعها فيه إلى غيره . ويختلف ذلك باختلاف عاداتها ؛ فإذا حصل الظن بأنها ليست حائضاً جاز طلاقها ، وإن اتفق كونها حائضاً حال الطلاق إذا لم يعلم بحيضها حينئذ ، ولو يخبر من يعتمد على خبره شرعاً وإلا بطل . وفي حكم عليه بحيضها عليه بكونها في طهر الواقعة على أقوى الأقوال في المذهب (١) . وفي حكم الغائب من لا يمكنه معرفة حالها بحبس ونحوه مع حضوره . كما أن الغائب الذي يمكنه معرفة حالها ، أو قبل . انقضاء المدة للمعتبرة في حكم الحاضر . وكذلك من أنواعه طلاق النفساء . ومن الطلاق المحرم طلاق المرأة في طهر جامعها فيه وهي غير صغيرة ولا يائسة ولا حامل ، مع عليه بحالها التي طلقها

فيه ، وهو أنه . طلقها في طهر جامعها فيه أو مطلقا ، سواء علم بحالها أو لا ، فيحرم الطلاق ؛ لأنه لا يستثنى الغائب إلا مصادفة الطلاق للحيض . وأما وقوعه في طهر المواقمة فلا يستثنى ، وإن ظن الانتقال منه إلى طهر آخر .

٢ - طلاق مكروه : وهو الطلاق مع التثام أخلاق الزوجين . فإنه ما من شيء مما أحله الله تعالى أبغض إليه من الطلاق ، وذلك حيث لا موجب له .

٣ - الطلاق الواجب : وهو طلاق المولى والمظاهر ، فإنه يجب عليه أحد الأمرين أن ينيء أو يطلق فشكل واحد منهما يوصف بالوجوب التخيري ، وهو واجب مطلق .

٤ - سنة : وهو الطلاق مع الشقاق بينهما وعدم رجاء الاجتماع والوفاق والخوف من الوقوع في المعصية ، فالطلاق يسن في هذه الحالة تخلصاً من الخوف من الوقوع في المعصية . والطلاق المنسوب للسنة يطلق على كل طلاق جائز شرعاً . والمراد به الجائز بالمعنى الأعم ، وهو ما قابل الحرام ، ولذا يسمى مقابله بالطلاق البدعي ، وهو الحرام ، كما يطلق السني على معنى أضيق من الأول ، وهو أن يطلق على الشرائط المعتمدة في صحته ، ثم يتركها حتى تخرج من الغدة ويعقد عليها ثانياً .

والطلاق السني بالمعنى الأعم ثلاثة أقسام :

(١) بائن - لا يمكن المطلق الرجوع فيه ابتداءً ؛ وهو ستة : طلاق غير المدخول بها دخولا يوجب الفسל في قبل أو دبر . واليائسة من الحيض ، ومثلها لا تحيض ، والصغيرة ؛ إذ لا عدة لهذه الثلاث . ولا رجوع إلا في عدة . وطلاق المختلعة ، والبراءة ما لم ترجعا في البذل ، فإذا رجعتا صار رجعيًا . والمطلقة ثالثة ثلاثه بعد رجعتين ، كل واحدة عقيب طلقة ، إن كانت حرة ، وثانية بينها وبين الأولى رجعة إن كانت أمة .

(ب) رجعى - وهو ما للطلقة فيه الرجعة سواء رجع أولا .
(ج) طلاق المدة - وهو أن يطلق على الشرائط، ثم يرجع في العدة ويعطى،
ثم يطلق في طهر آخر . وإطلاق العدة عليه من حيث الرجوع فيه في العدة .
والطلقة للعدة تحرم في التاسعة أبدا إذا كانت حرة؛ لأنها تحرم في كل ثلاثة
حتى تنكح زوجا غيره . والمعتبر طلاقها للعدة مرتين من كل ثلاثة؛ لأن
الثالث لا يكون عديا حيث لا رجوع فيه .

أفضل الطلاق

قال الإمامية : أفضل الطلاق هو طلاق السنة بالمعنى الخاص : وهو أن
يطلقها على الشرائط المعتبرة في صحته ثم يتركها حتى تخرج من العدة ويعقد
عليها ثانياً^(١) إن شاء . ولا تحرم به المظاهرة مؤبدا أبدا . وقد وردت الأخبار
الدالة على فضلها على من عداه من أنواع الطلاق .

الطلاق المحرم لا يقع

يرى الشيعة الإمامية أن الطلاق المحرم بجميع أقسامه لا يقع ، بل يبطل .
لكن يقع في الطلاقات الثلاث من غير رجعة واحدة . وهي الأولى أو الثانية
على تقدير وقوع خلل في الأولى أو الثالثة ، على تقدير فساد الأولين .

الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع واحدة

الرأى الراجح عند الإمامية أن المطلق لو فسر المطلقة بأزيد من الواحدة
كقوله: أنت طالق ثلاثا هو إلغاء هذا التفسير ووقوع طائفة واحدة فقط؛
لوجود المقتضى لوقوع الطلاق؛ وهو «أنت طالق»، وانتفاء المانع؛ إذ ليس

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعجبي العاملي ج ٢ ص ١٥١ - ١٥٢

إلا الضميمة وهي تؤكد ولا تنافيه، ولصحيحة جميل وغيرهاني الذي يطلق في مجلس ثلاثاً، قال : هي واحدة^(١) .

رأى آخر يقول بعدم وقوع الطلاق

وعند الشيعة الإمامية رأى مرجوح يقول ببطلان الجميع : لأن هذا التطليق بدعي . وهو منهي عنه قال الصادق (ع) : « من طلق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء... من خالف كتاب الله رد إلى كتاب الله » ؛ فهذا الطلاق غير مشروع ، وغير المشروع لا يكون معتبراً في حق الحكم . ولأن الله تعالى جعل لنا الإيقاع على وجه مخصوص . ومن جعل له ولاية التصرف على وجه لا يملك إيقاعه على غير ذلك الوجه، كالوكيل بالطلاق، على وجه السنة، إذا طلقها للبدعة فطلاقه لا يقح، فكذا هذا .

رد هذا الرأي

أولاً - وقد رد هذا الرأي جمهور الإمامية فقالوا : إن مقتضى وقوع الطلاق وهو اللفظ « أنت طالق » قد وجد وقد اتفق المانع ؛ إذ ليس إلا ما ضم إليه من تفسير، وما ضم إليه يؤكد وقوع الطلاق ولا ينفيه . أما ما نقل عن الصادق (ع) ، « من طلق ثلاثاً في مجلس واحد فليس بشيء... من خالف كتاب الله رد إلى كتاب الله » فهذا الخبر محمول على أن المراد به عدم وقوع الثلاث التي أرادها^(٢) .

مناقشة هذا الرأي من قبل الحنفية

ثانياً - وناقش الاختلاف هذا الرأي أيضاً قائلين : أما القول بأن غير المشروع لا يكون معتبراً في حق الحكم، فنعم . لكن الطلاق نفسه مشروع عندنا، ما فيه حظر، وإنما الحظر والحُرمة في غيره ، وهو ما ذكرناه من الفساد والوقوع في الزنى، والسفَه وتطويل العدة، فيما إذا كان الطلاق بدعياً، سواء أكلن بدعياً للوقت الذي حدث فيه الطلاق أم للعدد من الطلاق كلما بلفظ واحد . وإذا كان الطلاق مشروعاً في نفسه جاز أن يكون معتبراً في حق الحكم،

(١) الروضة البهية شرح اللمعة المحففة ج ٢ ص ١٤٨ .

(٢) المتصور السابق .

وإن منع عنه لغيره؛ كالبيع وقت آذان الجمعة، والصلاة في الأرض المغصوبة ونحو ذلك . وأما القول بأن من ولي إيقاع تصرف مشروع لا يملك إيقاعه إلا على الوجه الذي ولي به، فلا حجة في هذا؛ لأن من طلق ثلاثاً، ما وقع الطلاق إلا على الوجه الذي ولي إيقاعه؛ لأنه تصرف مشروع في نفسه، ولم يوقعه غير مشروع بل أمر به، وهذا الطلاق؛ اشر تصرفاً مشروعاً وأرتكب محظوراً، فيأثم من كتاب . بغيره لا بمباشرة أو تشريع، كما في البيع وقت النداء ونظائره، بخلاف التوكيل : لأن التوكيل بالطلاق على وجه السنة توكيل بطلاق مشروع لا يتضمن ارتكاب حرام بوجه فإذا طلقها للبدعة فقد أتى بطلاق مشروع يلازمه حرام فلم يأت بما أمر به فلا يقع . وهذا هو الفرق بين الأمرين^(١).

القانون

وقد نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية المتحدة في مادته الثالثة على الآتي :

مادة ٣ - الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة .

المذكرة التفسيرية للقانون

قالت المذكرة التفسيرية للقانون، عند بيانها لمواد القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ما يأتي :

شرح الطلاق في الإسلام ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجية، إذا تحقق أن المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجية، أصبح غير ميسور؛ فلرجل أن يوقع الطلاق مستقلاً بإيقاعه إذا علم ذلك . ولنساء أن تطلب إلى القاضي التطليق إذا علمت ذلك بعد أن يلحقها الضرر لأي سبب من الأسباب الموجبة .

وجهور الفقهاء على أن إيقاع الطلاق لغیر سبب شرعی حرام أو مکروه . يدل على ذلك ما رواه أبو داود عن النبي ، صلى الله علیه وسلم : (ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق) وفي رواية عنه : (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) . وقد شرع الطلاق على أن يوقع دفعات متعددة ، الطلاق مرتان فإمساک بمعروف أو تسريح بإحسان . ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتهم من شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به . تلك حدود الله فلا تعتدوها . ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون . فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره . ، فالأية الكريمة تسکاد تكون صريحة في أن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة . وجعلت دفعات الطلاق ثلاثا ليحرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ، ويروضها على الصبر والاحتمال ، ولتجرب المرأة نفسها ، أيضا ، حتى إذا لم تعد التجارب ووقعت الطلقة الثالثة علم أنه ليس في البقاء خير ، وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى .

فالواقع أن الدين الإسلامي ، مع إباحته الطلاق ، قد ضيق دائرته ، وجعل هذه الإباحة مقصورة على الحالات التي لا يمكن فيها للزوجين ، أو أحدهما ، إقامة حدود الله . ولو أن الناس لزمو حدود الله واتبعوا شريعته ، لما وقعت شكوى من قواعد الطلاق ، ولبقيت العائلة الإسلامية متينة العرى يرفرف عليها المناء . ولكن ضعف الأخلاق وتراخي عرى المروءات أوجد في العائلة الإسلامية وهنا ، وجعل هنا ما يزول بنزقة من طيش ، ويمين يحلفها الأحق في ساعة غضبه ، أو للتخلص من موقفه أمام دائن أو ظالم .

والمرأة المسلمة مهددة على الدوام بالطلاق لا تدرى متى يحصل ، وقد لا يدري الرجل نفسه متى يحصل ، فإن الخالف بالطلاق والمعلق له على شيء من الأشياء التي يفعلها أجنبي لا يدري متى تطلق امرأته .

فسعادة الزوجين والأولاد والأسرة قد ترتبط بعمل من الأعمال الخارجة عن إرادة رب الأسرة وعن إرادة سيدة الأسرة .

وكثير من هذا سببه آراء جمهور الفقهاء الذين يوقعون الطلاق المعلق واليمين بالطلاق ، والطلاق الثلاث بكلمة واحدة . ويوقعون المعلق قبل الزواج إذا علق على الزواج نفسه كما هو رأى الحنفية . وهذه الآراء كانت منيع شقاء العائلة ، وكانت سببا في تدلس الخيل واقتتان الفقهاء في ابتداع أنواعها .

ومن الواجب حماية الشريعة المعطرة ، وحماية الناس من الخروج عليها ، وقد تكفلت بسعادة الناس دنيا وأخرى ، وأنها ، بأصولها ، تسع الأمم في جميع الأزمنة والأمكنة متى فهمت على حقيقتها وطبقت على بصيرة وهدى .

ومن السياسة الشرعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها ، وأن يرجع إلى آراء العلماء لتعالج الأمراض الاجتماعية كلما استعصى مرض منها ، حتى يشعر الناس بأن في الشريعة مخرجا من الضيق وفرجا من الشدة .

لهذا فكرت الوزارة في تضيق دائرة الطلاق بما يتفق مع أصول الدين وقواعده ، ويوافق أقوال الأمة وأهل الفقه فيه ، ولو من غير أهل المذاهب الأربعة ، فوضعت مشروع القانون بما يتفق مع ذلك . وليس هناك مانع شرعى من الأخذ بأقوال الفقهاء من غير المذاهب الأربعة خصوصا إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدي إلى جلب صالح عام ، أو رفع ضرر عام ، بناء على ما هو الحق من آراء علماء أصول الفقه .

وقد بنى مشروع القانون في هذا الموضوع على المبادئ الآتية :

ثم أوضحت المذكرة التفسيرية عند بيانها للبادة الثالثة من القانون ما اعتمد عليه من آراء الفقهاء في تقنين هذه المادة فأتت بنص المادة وهي :

م ٣ - الطلاق المحدد لنظرا ، أو إشارة ، لا يقع إلا واحدة .

وقالت ان ما تضمنته هذه المادة هو رأى محمد بن إسحاق ؛ ونقل ذلك عن علي وابن مسعود ، وعبد الرحمن بن عوف ، والزيبر . ونقل عن مشايخ قرطبة ، ومنهم محمد بن تقى بن مخلد ، ومحمد بن عبد السلام . ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاووس وعمر وابن دينار . وقد أفتى به عكرمة وداود وقال ابن القيم : إنه رأى أكثر الصحابة ، ورأى بعض أصحاب مالك ، ورأى بعض الحنيفة ، ورأى بعض أصحاب أحمد .

الشروط

تنبيه

أخذت في كتابي هذا طريقة السادة الأحناف . ولذلك تكلمت عن صيغة الطلاق، أولاً، باعتبارها ركن الطلاق فقط وماعداها فشرط من شروط الطلاق . لكننى ، عند ذكر هذه الشروط ، وبسط آراء المذاهب الفقهية الأخرى، نهيت على ما يعتبره غير الحنيفة من هذه الشروط ركناً من أركان الطلاق وإن عدّه الحنفية شرطاً للركن لاركننا : فلزم التنبيه إلى ذلك .

شروط الركن

المذهب الحنفى

قال الأحناف : شرائط الركن أنواع ، بعضها يرجع إلى الزوج ، وبعضها يرجع إلى المرأة ، وبعضها يرجع إلى نفس الركن ، وبعضها يرجع إلى الوقت . أما الذى يرجع إلى الزوج ؛ فهو :

١ — العقل ؛ فلا بد أن يكون الزوج عاقلًا حقيقة أو تقديرًا . وهذا الشرط محل اتفاق الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية . وتفرعاً على ذلك بنيت الأحكام الآتية :

طلاق المجنون والضي الذي لا يعقل :

قال الحنفية والمالكية، والشافعية والحنابلة والظاهرية، والإمامية، بعدم وقوع طلاق المجنون. واستثنى من ذلك الأحناف من ذلك حالة ما إذا علق المجنون الطلاق وهو عاقل ثم جن، ثم وجد الشرط وهو مجنون، أو كان عتياً أو مجبوراً أو أسلمت امرأته وهو كافر وأبى أبواه الإسلام، فإن الطلاق يقع في هذه الحالة^(١). والمالكية نصوا على أن طلاق المجنون لا يصح إذا علق حال جنونه^(٢). واعتبر الشافعية العقل من شروط نفاذ الطلاق من المطلق سواء أكان الطلاق منجزاً أم معلقاً. فلو علق المجنون الطلاق على شرط ثم وجد الشرط وهو عاقل لا ينفذ الطلاق. لكنه إن علق الطلاق على شرط وهو عاقل ثم وجد الشرط وهو مجنون فهو متعد فينفذ طلاقه^(٣).

وقال الحنابلة: أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه^(٤) وقال ابن حزم: «وطلاق السكران غير لازم، وكذا من فقد عقله بغير الخمر»^(٥) وقال الإمام الحلي في كتابه المختصر النافع: «ولا يصح طلاق المجنون، ولا السكران، ولا المسكر»^(٦)، وقال صاحب الروضة البهية: «ويعتبر في المطلق البلوغ، والعقل، فلا يصح طلاق المجنون المطبق مطلقاً، ولا غيره في حالة جنونه»^(٧).

(١) بنبائع الصنائع للكارف ج ٣ ص ١٠٠ والباب شرح الكتاب الشيخ عبد النبي الدمشقي الميداني (باب الطلاق).

(٢) الشرح الكبير — حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٣٦٥.

(٣) منى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٧٩.

(٤) المنى لابن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٢٥٤.

(٥) الحلي لابن حزم ج ١٠ ص ١٠٨ مسألة ١١٦٦.

(٦) المختصر النافع ج ١ ص ٢٧٠.

(٧) الروضة البهية شرح الفقه المنهجي للعبد العبد ج ٢ ص ١٤٨.

الأدلة

استدل الفقهاء على أن طلاق المجنون ومن في حكمه لا يقع بالسنة والمعقول .

أما السنة :

فمنها قول الرسول، صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق »

وجه الاستدلال

الحديث نص في أن طلاق المجنون لا يقع ؛ لأن التكليف قد رفع عنه . ومثله الصبي الذي لا يعقل . فكان طلاقهما لغواً ، وعبارتهما لا يعتد بها .

وأما المعقول :

فقد قال الفقهاء إن العقل شرط أهلية التصرف ؛ لأن به يعرف كون التصرف مصلحة . وهذه التصرفات ما شرعت إلا لمصالح العباد . والمجنون والصبي ، غير المميز ، لا يمكنها إدراك المصلحة فيما يتصرفان فيه .
٢ - الشرط الثاني « البلوغ » . وهذا الشرط محل خلاف بعض الفقهاء
فصله فيما يلي :

طلاق الصبي العاقل

المذهب الحنفي

قال الأحناف : « لا يقع طلاق الصبي العاقل ، ولو مراهما ، كما لا يقع طلاق الصبي الذي أوقمه وهو صغير إذا أجازاه بعد البلوغ . أما لو قال :

وأوقعته، وقع؛ لأنه ابتداء لإيقاع. وبمثل هذا القول قال المالكية (١) فقد قالوا بعدم صحة الطلاق من غير المكلف، أى لا بد من البلوغ والعقل .
أما وقوعه عليه إذا ارتد فبحكم الشرع أنه موقع له . وكذلك قال الشافعية (٢) فقالوا بعدم صحته من غير مكلف. وكذا قال الشيعة الإمامية (٣).
أما الجنبلة فقالوا : إن في طلاق الصبي الذى يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه روايات ، هي :

أولاً — القول بوقوع الطلاق . وبهذا القول وردت أكثر الروايات عن أحمد، حيث روى عنه أنه قال: إن طلاق الصبي الذى يعقل الطلاق يقع . واختار هذه الرواية أبو بكر ، والخرق وابن حامد . وروى عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق القول بوقوع الطلاق من الصبي الذى يعقل الطلاق بمعنى أن يعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه .

ثانياً — طلاق الصبي الذى يعقل الطلاق لا يقع .
كما نقل عن أحد رواية ثانية توافق رأى الحنفية والمالكية والشافعية والإمامية. وقال صاحب المغنى (٤) : وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل . وهو اختيار القاضى . وروى عن أحمد أبو الجارث إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتى عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع إذا كان أقل من العشر . وهو اختيار أبي بكر؛ لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا . وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان . وقال إسحاق إذا جاوز اثنتى عشرة

(١) الدسوقي على الفرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٥

(٢) منى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٧٩ . للشيخ عبدالمعز الخليل

(٣) المختصر النافع للعقلى ج ١ ص ١٧٠ ، والروضات البهية شرح ألعة الدمشقية للجبين الدامز

ج ٢ ص ١١١

الأدلة

أولا - أدلة من يرى عدم وقوع طلاق الصبي :
استدل الحنفية والمالكية والشافعية والإمامية، ومن وافقهم من الحنابلة،
بالسنة والمعقول .
أما السنة فمنها :

- ١ - قوله صلى الله عليه : «رفع القلم عن ثلاثة؛ عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفقه».
- ٢ - قول الرسول صلوات الله وسلامه عليه . «كل طلاق بائن إلا طلاق الصبي والمعتوه».

وجه الاستدلال :

الحديث الأول يفيد أن التكليف مرفوع عن الصبي . ومفاد ذلك عدم وقوع الطلاق منه إلى أن يحتلم أى يبلغ بالاحتلام .
وأما الحديث الثانى فهو قاطع بأن طلاق الصبي غير جائز، أى غير صحيح،
دون تفصيل بين أن يكون غير عاقل للطلاق ، أو عاقل له .
وأما المعقول :

فالطلاق لم يشرع إلا عند خروج النكاح عن أن يكون مصلحة، وإنما يعرف ذلك بالتأمل، والصبي لا شغل له باللهو واللعب لا يتأمل فلا يعرف^(١).

(١). بدائع الصنائع للكاظمي ٣ ص ١٠٠ ، والباب شرح الكتاب للبيداني (باب الطلاق) وانظر معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألقاظ المتنازع ٣ ص ٢٧٩ ، وحاشية الدسوقي على المرح الكبير ٢ ص ٣٦٥ وحاشية العلامة الشيخ علي الصمدي ٢ ص ٥٥ والروضة البهيبة شرح القصة العميقة ٢ ص ١٤٨ ، والمخفى لابن قدامة الحنبلي ٨ ص ٢٥٧ .
والحل لابن حزم ج ١ ص ٢٠٨ وما بعدها .

وأيضا فالصبي غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون .

ثانياً - أدلة من قال بوقوع طلاق الصبي يعقل الطلاق .

استدل للرواية المنقولة عن أحمد التي تفيد وقوع طلاق الصبي الذي يعقل الطلاق بالسنة والمعقول فقالوا :

أما السنة فيها :

١ - قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « الطلاق لمن أخذ بالساق » .

٢ - قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كل طلاق جائز إلا طلاق المغلوب على عقله » .

وجه الاستدلال :

الحديث الأول أفاد أن الطلاق هو لمن له الحق في الاستمتاع بالمرأة وهو الزوج ، إعمالا لعقد زواجه بها ، ويدخل تحت هذا العموم الصبي ، وغيره إلا ما خص من ذلك بنصوص أخرى كالمجنون والمعتوه . ومفاد ذلك هو وقوع الطلاق من الصبي الذي يعقل الطلاق إذا كان زوجا حيث اشتمل حقه الثابت له بنص الحديث .

أما الحديث الثاني فأفاد صراحة أن كل طلاق يقع سواء كان المطلق صيبا أو غيره إلا طلاق المغلوب على عقله . والصبي العاقل ليس داخلا ضمن هذا الاستثناء . فصح طلاقه . ويفيد ذلك ويؤكد ما روى عن علي ، رضي الله عنه ، أنه قال : « اكتموا الصبيان النكاح ، فيفهم منه أن قاعدته ألا يطلقوا .

وأما المعقول :

فلأنه طلاق من عاقل صايف محل الطلاق فوقع كطلاق البالغ)

طلاق المعتوه

المذهب الحنفي

معنى العته :

قال الكمال بن الهمام : المعتوه كالمجنون . قيل هو قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير ، لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون .

وقيل : العاقل : هو من يستقيم كلامه ، الا نادرا . والمجنون ضده . والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء . وهذا يؤدي إلى ألا يحكم بالعهه على أحد . والاول أولى . وما قيل من أن يكون كل من الأمرين منه غالبا ، معناه يكثر منه .

وقيل : المعتوه من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد ، والمجنون بلا قصد ، والعاقل خلافها وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح أحيانا (١)

حكم طلاق المعتوه

قال الاحناف بعدم وقوع طلاق المعتوه .

الأدلة

واستدل الاحناف لرأيهم بالسنة والمعقول :

أما السنة :

فقوله صلى الله عليه وسلم . « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي ، والمعتوه ،

(١) فتح القدير لكمال الدين بن الهمام ج ٣ ص ٣٨ .

وجه الاستدلال :

الحديث نص في أن طلاق المعتوه لا يقع . وقد جمع بينه وبين الصبي في الحكم ؛ فدل على أن حالته كحالته وأنه لا اعتدال عندهما في التمييز فلذا لا يعتبر تصرفه فيما له فيه مضرة ؛ فهو كالمجنون في عدم جواز تصرفه . والمراد بالجواز الوارد في الحديث هو النفاذ .

وأما المعقول :

فقال الأخناف : معلوم من كليات الشريعة أن التصرفات لا تنفذ إلا بمن له أهلية التصرف ؛ إذ التصرفات ما شرعت لإلصاح العباد . وأهلية التصرف مشروطة بالعقل ، تدور معه وجوداً وعدماً ، خصوصاً التصرف الدائر بين الضرر والنفع خصوصاً ما لا يحل إلا لانتفاء مصلحة عنده القائم كالطلاق ، فإنه يستدعى تمام العقل ، ليحكم به التمييز في ذلك الأمر متى زال العقل لا يمكن للمرء أن يعرف هل تصرفه مصلحة أو مضرة ؛ إذ لا يمكن ذلك إلا بالعقل . والمعتوه قد زال عقله كالمجنون . ومتى زال العقل ، وهو شرط أهلية التصرف فقد انعدمت أهلية التصرف ، فلا يقع طلاقه .^(١)

طلاق النائم والمغمى عليه والمدهوش

قال الحنفية : لا يقع طلاق النائم والمدهوش والمغمى عليه . وقالوا إن حالة هؤلاء لا تقل عن حالة المعتوه ؛ إذ لا إختيار لهم فقد زال عقل المغمى عليه . بالإغماء وهو شرط في أهلية التصرف ؛ إذ به يعرف كون التصرف مصلحة كما أن النائم لا إختيار له في التكلم . وشرط التصرف لإختيار فيه^(٢) ومثله المدهوش فصار تصرف من ذكر كتصرف المجنون .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٠٠ — وفتح القدير لبيك الدارين بن الهمام ج ٣

ص ٣٤ — والنهاية للباقر بن بهرام ذات الجزء ١ والصيغة .

(٣) المصدر السابق .

المذهب المالكي

طلاق المعتوه والنائم والمغمى عليه والمدهوش

رى المالكية رأى الأحناف في أن طلاق المعتوه والنائم، والمغمى عليه لا يقع . فقد نصوا : على أن الطلاق إنما يصح من البالغ العاقل ، وقالوا تفرعاً على ذلك بعدم صحة طلاق المجنون ولو غير مطبق إذا طلق حال جنونه ، ولا يقع الطلاق الذي تلفظ به سكران بحال ؛ لأن حكمه حكم المجنون . والمعتوه كالمجنون فيعطى حكمه ^(١) وقالوا : إن من هذى لمرض فتكلم بالطلاق فلما أفاق قال لم أشعر بشئ ، لا يلزمه شيء في القضاء إلا أن تشهد بيته بصحة عقله لقريته ، إلحاقاً له بالمجنون وإلحاقاً له بالنائم ، فدل ذلك على أن طلاق النائم لا يقع حيث جعل أصلاً يقاس عليه غيره في عدم وقوع الطلاق ^(٢) . وحالة المغمى عليه لا نقل عما ذكر ، فلا يقع طلاقه . وقد نص صاحب الشرح الكبير على عدم وقوع طلاق المغمى عليه إلحاقاً له بالمجنون في الحكم ^(٣) . أما المدهوش فقد رأيت للمالكية ما يفيد اعتبار الدهشة عنراً مانعاً من وقوع الطلاق ، وذلك عند بيانهم حكم طلاق المكره . فقد قالوا بعدم وقوع طلاق المكره إلا أن يترك التورية مع معرفتها وعدم دهشته ^(٤) . ومفاد ذلك أنه لو ترك التورية لدهشته بالإكراه فإن طلاقه لا يقع أيضاً .

المذهب الشافعي

طلاق المعتوه ، والمغمى عليه والنائم

قال الشافعية بمثل ما قال الأحناف والمالكية من عدم وقوع الطلاق

- (١) حاشية الدسوقي على الفرج الكبير ج ٢ ص ٣٦٥ .
(٢) تراجع الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد التردير وحاشية الدسوقي عليه .
ج ٢ ص ٣٦٦ .
(٣) المصدر السابق .

في هذه الحالات، قال صاحب المغنى: «لا يصح الطلاق من غير مكلف، كصبي ومجنون، ومعنى عليه والنائم، لا تنجز ولا تعليقاً، وإن وجدت الصفة بعد الأهلية في المعلق لفساد عبارته، وخبر «رفع القلم عن ثلاث، نعم، لو تولد جنون من سكر تعدى فيه نفذ طلاقه في جنونه»^(١).

المذهب الحنبلي

طلاق المعتوه ، والنائم

بجمل قول الحنابلة: طلاق زائل العقل بلا سكر لا يقع. وفصل القول صاحب المغنى فقال: «أجمع أهل العلم على أن زائل العقل بغير سكر، أو ما في معناه، لا يقع طلاقه. كذلك قال عثمان، وعلى، وسعيد بن المسيب، والحسن، والنخعي، والشعبي، وأبو قلابة، والزهرى، ويحيى الأنصاري، ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي. وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق في حال نومه لا طلاق له»^(٢).

الأدلة

استدل الحنابلة بالسنة وبالمعقول؛ فقالوا:

أما السنة:

فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتمل، وعن المجنون حتى يفيق».

كما روى عن أبي هريرة، رضى الله عنه عن النبي، صلى الله عليه وسلم، أنه قال: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله، رواه النجاد،

(١) مغنى الحاج إلى معرفة معاني أقطار المتوابع ج ٣ ص ٢٧٩. شيخ محمد الفريبن الحطيب.

(٢) المغنى لابن قدامة الج ١ ص ١٠٠.

وقال الترمذى: لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان وهو ذاهب الحديث وروى بإسناده عن علي مثل ذلك .

وجه الاستدلال

الحديث الأول بين أن التكليف مرفوع عن النائم حتى يستيقظ ، فدل ذلك على أن تصرفه لا يعتد به . وقد ربط الحديث بين الصبي وبين المجنون ، حتى يفتق ، في الحكم . والمجنون لا يقع طلاقه اتفاقاً ، فكذلك النائم أما المعتوه فهو كالمجنون فينصرف إليه حكمه في التصرفات .

أما الحديث الثاني ، فقد نص على أن طلاق المعتوه المغلوب على عقله لا يقع ؛ لأن المراد من الجواز هنا النفاذ ويستوى في ذلك زوال العقل بالعتة أو بالإغماء أو بالنوم ، فكل من هؤلاء قد دل الحديث على عدم وقوع طلاقه لأنه قد غلب على عقولهم .

وإما العقول :

فقال الحنابلة : إن الطلاق قول يزيل الملك المستفاد من عقد النكاح ، فاعتبر له العقل كالبيع ، حيث اشترط لجوازه ^(١) العقل ، بل هذا من باب أولى .

الظاهرة

طلاق المعتوه ، والنائم ، والمغمى عليه ، والمدهوش

يؤخذ من قول ابن حزم في طلاق السكران : أن من فقد عقله بنير أضر لا يقع طلاقه ، فدل ذلك على أن طلاق المعتوه ، والمغمى عليه ، والنائم ، والمدهوش ، لا يقع ؛ لأن عقل هؤلاء قد زال حالة العتة ، والإغماء ، والنوم ، والذهشة ^(٢) .

(١) المصدر السابق .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠٨ مسألة ١٩٦٨ .

الشيعة الإمامية

طلاق المعتوه والنائم والمغنى عليه والساهى

قال الشيعة الإمامية بعدم وقوع طلاق المعتوه ، والمغنى عليه والنائم ؛ قال الإمام الحلى فى بيانه للركن الاول من أركان الطلاق : (الركن الاول) المطلق ؛ ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار والقصد . فلا اعتبار بطلاق النسي . وفيمن بلغ عشرين رواية بالجواز فيها ضعف . ولو طلق عنه الولي لم يقع إلا أن يبلغ فاسد العقد . ولا يصح طلاق المجنون ، ^(١) وقال صاحب الروضة البهية : ولا يطلق الولي عن السكران ، ولا عن المغنى عليه وشارب المرقد كالنائم ، وقال أيضا : ، ولا عبرة بعبارة الساهى والنائم والغالط . والفرق بين الأول والآخر أن الأول لا قصد له مطلقا ، والثانى له قصد إلى غير من طلقها فنلظ وتلفظ بها . ومثله مالوطن زوجته أجنبية بأن كانت فى ظلة وأنكحها له وليه أو وكيله ولم يعلم ، ويصدق فى ظنه ظاهرا ، وفى عدم القصد لو ادعاه ، مالم تخرج العدة الرجعية . ولا يقبل فى غيرها إلا مع اتصال الدعوى بالصيغة . وأطلق جماعة من الأصحاب قبول قوله فى العدة من غير تفصيل ، ^(٢) .

طلاق المريض والكافر

المذهب الحنفى

لا يرى الأحناف أن إسلام الزوج وصحته من شروط وقوع الطلاق .

(١) المختصر النافع ص ١٩٧ .

(٢) الروضة البهية شرح الامة الدمشقية لأبيى السامى ج ٢ ص ١٤٨ - ١٤٩ -

ولذا قالوا بوقوع طلاق المريض لأن ، المرض ، والكفر لا ينافيان أهلية الطلاق . (١) لكن الرجل لو طلق امرأته في مرض موته بأثنا فوات وهي في العدة ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها . أما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها ، ثم مات وهي في العدة ، فلا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه — أما لو طلقها طلاقاً رجعياً فبرثها وترثه في العدة لقيام النكاح

التعليل لما تقدم

وقال الأحناف بياناً لقولهم السابق : أن المطلقة بائناً في مرض موت المطلق ترث مطلقها إذا مات ، ولا يرثها هو إذا ماتت وهي في العدة ؛ لأن الزوجية سبب إرثها في مرض موته ، والزواج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها ، وقد أمكن ؛ لأن النكاح في العدة يبق في حق بعض الآثار ، فجاز أن يبق في حق إرثها عنه . أما لو انقضت عدتها فلا ترثه ؛ لأنه لا إمكان للتوريث ؛ إذ لم يعهد بقاء شيء من آثار النكاح بعد انتهاء العدة . أما عدم إرث المطلق لمن طلقها بائناً وهو في مرض موته فماتت وهي في العدة ؛ فلأن الزوجية في حاله مرضه ليست سبباً لآرثه عنها بل هي سبب في حال مرضها ، فتبطل الزوجية في حقه حقيقة وحكما بطلانها إطلاقاً بائناً فلا يرثها وبخاصة إذا رضى به ، أما هي فقد اعتبر الشارع بقاء الزوجية في حقها حكماً وإن بطلت حقيقة بالطلاق البائن دفعا للضرر عنها لأنه قصد إبطال حقها فيرد قصده عليه . لكن لو طلقها ثلاثاً بأمرها ، أو قال لها اختاري نفسك فاخترت نفسها أو اختلعت منه ثم ماتت وهي في العدة لم ترث ؛ لأنها رضيت بإبطال حقها ، وتأخير عمل الطلاق لحقها ، وهي قد رضيت بإبطاله . وكذا لو حصلت الفرقة في مرضه بسبب الجبة والعنة ، وخيار البلوغ وبالعتق ، فلا ترث لرضاها بالمبطل وإن كانت مضطرة ،

لأن سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج ، فلم يكن جانباً في الفقرة (١).

من طلقت نفسها ثلاثاً

وقال الأحناف : لو أن المرأة طلقت نفسها ثلاثاً فأجاز الزوج الطلاق المذكور في مرضه، ومات وهي في العدة ، فإنها لا ترق ، لأن المبتطل للإرث إجازته للطلاق الذي أوقعته (٢) .

المذهب المالكي

قال المالكية بوقوع طلاق المريض ؛ لأنه أهل لإيقاعه ، لوجود العقل عنده . لكنه لو أن المريض تكلم بالهذيان (٣) لمرض أصابه فطلق زوجته حال هذيانه فلما أفاق ، قال : لم أشعر بشيء وقع مني ، وأنكر ، فلا يلزمه الطلاق ، لافي الغنوي ولا في القضاء ، إلحاقاً له بالجنون ويخلف . أنه ما شعر بما وقع منه (٤) ... هكذا أطلق الباجي . وقيد ابن رشيد ذلك بما إذا لم تشهد بيعة عليه بصحة عقله . أما إذا شهدت بيعة عليه بصحة عقله لقرينة ، فيرى ابن رشد أن الطلاق يلزمه . وقال ابن ناجي : لو أن المطلق قال : وقع مني شيء ولم أعقله لزمه الطلاق ؛ لأن شعوره بوقوع شيء منه دليل على أنه عقله . واعترض سيدي أحمد الدردير على ذلك فقال : وفيه نظر ؛ إذ كثيراً ما يتخيل للمريض خيالات فيتكلم على مقتضاها بكلام خارج عن قانون العقلاء ، فإذا أفاق استشعر أصله ، وأخبر عن الخيالات الوهمية كالنائم ، ومعنى هذا أنه لا يلزم من الاستشعار بالشيء عقله له بعينه ، فالنائم إذا أفاق من نومه يخبر عما خيل له في نومه ولا يعرف عينه (٥) .

(٢١) فتح القدير ج ٣ ص ١٥٠ — ١٥٢ — لسكال الدين بن المهام — وشرح الهداية .

(٣) الهذى بذال معجمة بوزن رى من الهذيان وهو الكلام الذى لا معنى له .

(٤) الفرح الكبير لسيدي أحمد الدردير ج ٢ ص ٣٦٦ وخاشية الدسوقي عليه .

(٥) المصدر السابق ج ٢ ص ٣٦٦ .

والخلاصة : أن طلاق المريض صاحب العقل السليم ، واقع . لكنه إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً فهل ترثه أولاً ؟ يرى المالكية أنها ترثه سواء مات وهي في عدته أو بعد انقضاء عدتها ، وسواء تزوجت بزوج آخر أو لم تزوج^(١) .
سدا للذريعة ، وردا لمقصده السيء .

المذهب الشافعي

طلاق المريض

قال الشافعية بنفاذ طلاق المريض ، منجز أكان الطلاق أو معلقاً ، بائناً كان أو رجعيّاً : لأنه مكلف فكان أهلاً لوقوع الطلاق منه في محله .

طلاق المريض في مرض موته

وقال الشافعية بوقوع طلاق المريض في مرض موته ، كما يقع في صحته ، سواء كان الطلاق بائناً أو رجعيّاً .

الميراث

قال الشافعية بتوارث الزوج المريض وزوجته إذا حصل الموت في عدة طلاق رجعي ، لبقاء آثار الزوجية في الرجعية بإحقوق الطلاق لها والإيلاء منها وغير ذلك . أما إذا حصل الموت في عدة طلاق بائن ففي الجديد لا يتوارثان ؛ لانقطاع آثار الزوجية . وفي القديم ترث المطلقة مطلقها طلاقاً بائناً إذا مات في عدتها منه ؛ لأن تطبيقها بغير اختيارها يدل على قصده حرمانها من الإرث ، فيعاقب بنقيض قصده . ولو ماتت هي لا يرثها هو . وقد ذكر صاحب معنى المحتاج شروطاً يجب توافرها لكي ترث المطلقة بائناً مطلقها ، إذا مات وهي في عدتها من طلاقها البائن ، حسب المذهب القديم للشافعية ؛ فقال :

و للقديم شروط: أحدها: كون الزوجة وارثة ، فلو أسننت بعد الطلاق فلا . ثانيها: عدم اختيارها ، فلو اختلعت أو سألت فلا . ثالثها : كون البينونة في مرض مخوف ونحوه ، ومات بسببه ، فإن برى منه فلا . رابعها : كونها بطلاق لا بلعان وفسخ . خامسها : كونه منشأ ليخرج به ما إذا أقربه . سادسها : كونه منجزاً . وإذا قلنا بالجديد فلها حكم بقية البوائن إلا إن قصد بطلاقها فراره من الإرث ، فيجرى في تحريره خلاف تحريم بيع النصاب قبل الحول فراراً من الزكاة^(١) .

طلاق الكافر :

قال الشافعية بوقوع الطلاق من الكافر بصريح الطلاق: وهو ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق بلائية لإيقاع الطلاق . كما يقع منه الطلاق بكناية الطلاق بنية لإيقاعه .

والكناية : هي ما يحتمل الطلاق وغيره . ويشترط أن يقصد بلفظ الطلاق معناه بمعنى أن يفهم معناه . كما يشترط قصد التلفظ به^(٢) .

المذهب الحنبلي

طلاق المريض

لم يشترط الحنابلة في الزوج المطلق أن يكون خالياً من الأمراض ؛ فصح طلاق المريض إذا صدر منه عن قصد واختيار في محله ؛ لأنه تصرف ضد من مكلف فيعتد به .

ميراث المطلقة

لا خلاف في أن الطلاق الرجعي إذا حصل الموت في الاعتداد منه فإن

(١) منى المحتاج إلى السرعة صفاء أفاط للنهـاج ج ٣ ص ٢٩٤ علامة الشيخ محمد الشريفي الحليبي .

(٢) المصدر السابق ذات الجزء ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ .

الزوجين بتوارثان. قال صاحب الإقناع : « إذا أبان زوجته المطلقة في صحته ،
أو في مرضه غير المخوف ، ومات به ، أو مرض غير الموت ، بطلاق أو غيره ،
ولو قصد الفرار من الميراث ، لم يتوارثا ، بل في طلاق رجعي ما دامت في
العدة . » (١)

من طلقت في مرض الموت طلاقاً لا يثم فيه

أما من طلقت في مرض الموت طلاقاً لا يثم فيه : بأن سألته الطلاق
أو الخلع أو علق طلاقاً على فعل لها منه به ففعلته عالمة ، أو على مشيئتها فاشاءت ،
أو خيرها فاختارت نفسها ، أو علقه بفعل زيد كذا ، ففعله في مرضه ، أو بشهر
لجاء في مرضه ، أو علقه في الصحة على شرط ، كقدوم زيد ، أو صلاتها الفرض
فوجد في المرض ، أو طلق من لا ترث كالأمة والذمية فعتقت ، أو أسلمت قبل
موته ؛ أو قال لها : أنتما طالقتان غدا فعتقت الأمة وأسلمت الذمية قبل
غدا ، أو وطئ مجنون أم زوجته ، فكس طلاق الصحيح ... يعني أن الزوجة
لا ترث مطلقاً إذا مات بعد ذلك ؛ لعدم اتهامه بقصد حرمانها من الميراث ،
الا إذا سألته طليقة فطلقها ثلاثاً فترثه ،

الطلاق بقصد الحرمان من الميراث

يرى الحنابلة : أن من طلق زوجته في مرضه موته المخوف يقصد
حرمانها من الميراث فإنه يرد عليه قصده وترثه مالم تزوج .

قال صاحب الإقناع : « وإن طلق أربعاً في مرضه طلاقاً يثم فيه ،
فانقضت عدتهن وتزوج أربعاً سواء من الميراث للثمان . مالم تزوج المطلقات » (٢)

ميراث الزوج زوجته المفسوخ نكاحها

قال الحنابلة : « وإن فعلت في مرض موتها ما يفسخ نكاحها : بأن

(١) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل للقاضي شرف الدين موسى الحجاوي القدسي
٣٠ ص ١١٦ تصحيح وتعليق الشيخ محمد عبد الطيف البيه (كتاب الفرائض)
(٢) المصدر السابق ص ١١٨

ترضع امرأة الصغيرة أو زوجها الصغير، أو استدخلت ذكر ابن زوجها، وهو نائم، أو ارتدت - لم يسقط ميراث زوجها مادامت في العدة وكذا بعد العدة كما لو كان هو المطلق. وجزم به في القروع؛ فقال: «والزوج في إرثها إذا قطعت نكاحها عنه كفعله». انتهى. ومقتضاه أنه يرثها في العدة وبعدها، كما لو كان هو المطلق. هذا إن كانت متهمة فيه والاسقط، كفسخ معتقة تحت عبد أو فعلته مجنونة^(١)،

طلاق الكافر

قال صاحب الإقناع: «ويصح الطلاق من زوج عاقل مختار، ولو مجزا يعقله، ولو دون عشر يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه. ويصح توكيله وتوكله فيه. ويصح من كتابي وسفيه وعن لم تبلغه الدعوة وأخرس تفهم إشارته - ويأتي في باب صريح الطلاق وكنياته. وطلاق مرتد موقوف فإن عجلت الفرقة فباطل^(٢). وتزويجه باطل».

الظاهرة

طلاق المريض

طلاق المريض كطلاق الصحيح. ولا فرق بين ما إذا مات من ذلك المرض أو لم يمض منه. ويطلق بما يقدر عليه من الصوت والعبارة التي يوقن من سمعها قطعاً أنه أراد الطلاق؛ لقوله تعالى: «لا يكلف الله نفساً إلا وسعها» ولقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»، فصح أن ما في

(١) المصدر السابق ص ١١٨

(٢) علق على هذا القول فغاية الشيخ محمد عبد الطيف السكي: يقال: إذا ارتد قبل الدخول اتسخ النكاح. وإذا ارتد بعد الدخول، ثم طلق، فإن عجل الإسلام قبل مضي زمن الرجعة فطلاله صحيح، وإن عجل الفرقة بمعنى تأخير الإسلام حتى مضت العدة فالطلاق باطل. والنكاح يتبر مفسوماً من وقت الردة (الاقناع ج ٤ ص ٣ تطبيق وتصحيح الشيخ محمد عبد الطيف السكي).

وسع الإنسان ولا يستطيعه فقد سقط عنه وأنه يؤدي ما أمر به بالاستتاع فقط^(١).

حكم الميراث

أن كان طلاق المريض ثلاثاً أو آخر ثلاث أو قبل أن يبطأها مات أو ماتت قبل تمام العدة أو بعدها أو كان طلاقاً رجعياً فلم يرجعها حتى مات أو ماتت بعد تمام العدة فلا ترثه في شيء من ذلك كله ولا يرثها أصلاً. وكذلك طلاق الصحيح للمريضة، وطلاق المريضة للصحيح، ولا فرق. وكذلك طلاق الموقوف للقتل والحامل المثقلة.

قال ابن حزم: إن الميتة في المرض أو المطلقة فيه ولم يبطأها لا ميراث لها أصلاً وكذلك المطلقة طلاقاً رجعياً في المرض إذا لم يراجعها حتى ماتت فلا ميراث لها، وحتى لو أقر علانية أنه إنما فعل ذلك لثلاثته. ولا حرج عليه في ذلك؛ لأنه فعل ما أبيض له من الطلاق الذي قطع به الله تعالى الميراث بينهما، وكما قطع به حكم الزوجية بينهما. وكذلك إن طلق وهو موقوف للقتل في حق أو باطل أو للرجم في زنى، ولا فرق؛ لأنه لم يأت نص قط بين طلاق هؤلاء وبين غيرهم بفرق. ولا يجوز أن يرث بالزوجية إلا زوجة أو زوج ترثه حيث يرثها ولا فرق، ولا يرث بالبينة إلا ابن أو ابنة. ولا يرث بالأبوة إلا الأب، ولا يرث بالأمومة إلا الأم. ولا فرق بين شيء من ذلك. والفرق بين ذلك مؤكل مالا بالباطل. ومن صح عنه أن قضى بذلك من الصحابة، رضى الله عنهم، فأجور، بكل حال، من خطأ أو صواب. وإنما الشأن فيمن قلد بعض ما اجتمعوا فيه وغالفهم في بعضه تحكما في الدين، بالهوى، والباطل.

(١) المحلى لابن حزم ١٠٠ مسألة رقم ١٦٦١ من ١٦٧ ومسألة رقم ١٦٧٦ من

الطلاق البات في المرض ليس فرارا

قال ابن حزم : احتج من رأى توريث المبتوتة في المرض بأن قالوا :
فر بذلك عما أوجب الله تعالى لها في كتابه في الميراث، فوجب أن يقضى عليه
وعلى من لا يتهم بذلك ، لئلا يكون ذريعة إلى منع الحقوق .

ونقول ، وبالله التوفيق : ما فر المطلق إذا طلق في مرضه قط عن كتاب
الله تعالى . بل أخذ بكتاب الله واتبعه ^(١) : لأن الله تعالى أباح الطلاق وقطع
بالثلاث ، وبالطلاق قبل الوطء ، جميع حقوق الزوجية : من النفقة وأباح
الوطء ، والتوارث فأين ههنا من الفرار من كتاب الله تعالى ؟ إنما كان يفر عن
كتاب الله تعالى لو قال : لا ترث مني شيئاً دون أن يطلقها ، بل الفرار من كتاب
الله تعالى هو توريث من ليست زوجة ولا أم ، ولا جدة ولا ابنة ولا ابنة ابن ،
ولا أختاً ولا معتقة ، ولكن أجنبية لم يجعل الله تعالى لها ميراثاً . وكيف يجوز
أن تورث بالزوجية من إن وطئها رجم ، أو من قد حل لها زواج غيره ،
أو من هي زوجة لغيره ... هذا هو خلاف كتاب الله تعالى حقاً بلا شك .
وأيضاً فإن كانت ترثه بالزوجية فوجب أن يرثها بالزوجية كما يقول الحسن :
إذ من الباطل المحال الممتنع أن تكون هي امرأته ، ولا يكون هو زوجها . فإن
قالوا : ليست امرأته . قلنا : فلم ورثتموها ميراث زوجة ؟ وهذا عجب جداً .
وهذا أكل المال بالباطل بلا شك .

ومن العجب قولهم : فر بميراثها ، وأى ميراث لها من صحيح لعلها تموت هي
قبله ؟ ورب صحيح يموت قبل ذلك المريض . وقد يرأس مرضه ، فماوجب لها قط ،
إذا طلقها ، ميراث يفر به عنها . ثم العجب توريث الخنثيين المبتوتة من حبس
للقتل ، أو بارز في حرب وليس مريضاً ، ومنعهم الميراث التي أكرهها أبو
زوجها على أن وطئها في مرض زوجها ، وليس لزوجها في ذلك عمل أصلاً ،

ولا طلقها مختاراً قط، وتورث المالكين المختلعة والمختارة نفسها والقاصدة إلى تحنيته، في مرضه، في يمينه، وهو صحيح، بالطلاق، وهو كاره لمفارقتها وهي مسارعة إليه مكرهه له على ذلك . وما في العجب أكثر من منعهم المتزوجة في المرض من الميراث الذي أوجبه الله تعالى لها يقينا بالزوجة الصحيحة ، وتورثهم المطلقة ثلاثاً في المرض ، فورثوا بالزوجة من ليست بزوجة ، ومنعوا ميراث الزوجة من هي زوجته^(١) .

طلاق المشرك

قال ابن حزم : ولا يلزم المشرك طلاقه وأما نكاحه وبيعه وإتياعه وهبته وصدة نه وعتقه ومؤجراته فجائز ، كل ذلك^(٢) .

الدليل

واستدل ابن حزم على ذلك بالكتاب والسنة .

أما الكتاب :

فقوله تعالى : « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » .

وأما السنة :

فقول الرسول ، صلى الله عليه وسلم : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رء » .

ووجه الاستدلال بكل من الكتاب والسنة : هو الآتي

صح من النصين السابقين أن كل من عمل بخلاف ما أمر، الله عز وجل، به ، أو رسول الله صلى الله عليه وسلم، فهو باطل ولا يعتد به . ولا شك في أن الكافر مأمور بقول لا إله إلا الله محمد رسول الله، ملزم ذلك متوعد على تركه بالخلود بين أطباق النيران، فكل كلام قاله، وترك الشهادة المذكورة، فقد وضع ذلك الكلام غير موضعه، فهو غير معتد؛ فإن قيل : كيف أجزتم سائر عقوده

(١) المحل لابن حزم ج ١٠ ص ٢٢٤ .

(٢) المحل لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠١ مسألة رقم ١٩٦٥ .

التي ذكرتم؟ فنقول: أما إجازة نكاحه، فلأن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، أجاز نكاح أهل الشرك وأبقاهم بعد إسلامهم عليه . وأما بيعه وابتاعه فلأن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، كان يعامل تجار الكفار، ومات، عليه الصلاة والسلام، ودرعه سرهونة عند يهودى فى أصواع شعير. وأما مؤجراته فلأن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، استأجر ابن أرقط ليدل به إلى المدينة وهو كافر، وعامل يهود خيبر على عمل أرضها وشجرها بتصف ما يخرج الله، عز وجل، من ذلك . وأما هبته وصدقته وعتقه فاقول حكيم بن حزام: يا رسول الله أشياء كنت أتحنث بها فى الجاهلية من عتاق وصلة رحم وصدقة، فقال له رسول الله، صلى الله عليه وسلم: «أسلت على ما أسلفت من خير»، فسمى، عليه الصلاة والسلام، كل ذلك خيراً، وأخبر أنه معتد، له، به، فبقي الطلاق لمبات فى إيمضائه نص فثبت على أصله المتقدم

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: (وإن حكم بينهم بما أنزل الله) ^(١) قلنا: نعم، وهذا الذى حكمنا به بينهم هو ما أنزل الله تعالى كما ذكرنا، وقد اختلف الناس فى هذا فروياه من طريق قتادة أن رجلاً طلق امرأته طلقين فى الجاهلية وطلقة فى الإسلام فسأل عمر فقال له: عمر لا أمرك ولا أنهاك . فقال له عبد الرحمن ابن عوف: لكننى أمرك . . ليس طلاقك فى الشرك بشئ . وبهذا كان يفتى قتادة . فإن قيل: فقد رويتم من طريق عبدالرازق عن ابن جريج عن عمرو ابن دينار قال: «لقد طلق رجال نساء فى الجاهلية، ثم جاء الإسلام فما رجعن إلى أزواجهن، فهذا لائحة فيه، لوجوه .

أولها: أنه مرسل، وأين عمرو بن دينار من الجاهلية؟

وثانيها: أنه ليس فيه أن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، منع من ذلك .

وثالثها: أنها لم تمنع نحن من أن يكون قوم رأوا أن ذلك نافذ، ولا حجة

فى ذلك إلا أن يعلم، عليه الصلاة والسلام، فقره ^(٢) .

الشريعة الإمامية

طلاق الصبي

قال الشيعة الإمامية بعدم صحة طلاق الصبي، وأن أذن له الولي . قال العلامة الخلي : « لا اعتبار بطلاق الصبي . وفيمن بلغ عشرة رواية بالجواز فيها ضعف . ولو طلق عنه الولي لم يقع إلا أن يبلغ فاسدا العقل » (١) .

وقال صاحب الروضة البهية : « يعتبر في المطلق البلوغ ؛ فلا يصح طلاق الصبي، وإن أذن له الولي، أو بلغ عشرة على أصح القولين . ولا يطلق الولي عن الصبي . ولو بلغ الصبي فاسدا العقل طلق عنه الولي حينئذ » (٢) .

طلاق المريض

قال الشيعة الإمامية بصحة طلاق المريض مع الكراهة ؛ للنهي عنه في بعض الأخبار . وقد حمل النهي الوارد عن طلاق المريض على أنه يفيد الكراهة ؛ للجمع بينها وبين الأخبار الدالة على وقوع طلاق المريض .

المسيرات

وقال الإمامية : إذا طلق المريض طلاقا رجعيا، وحصل الموت في العدة، توارثا . وترثة هي في البائن أو الرجعي إلى سنة من حين الطلاق مالم تزوج بغيره ، أو يرأ من مرضه .

وقال الإمامية في الاستدلال لرأيهم : إن النصوص والإجماع دالة على ذلك ؛ ولرد قصد المطلق عليه، فقد أراد إسقاط إرثها ، فيؤاخذ بنقيض مطلوبه . وهو لا يهتم حيث فسأله الطلاق، أو تخالفه ، أو تبارمه . والأقوى عموم الحكم ؛ لإطلاق النصوص ، فإذا تزوجت بغيره ، أو برأ من مرضه ،

(١) المختصر النافع لعلم من ١٩٧ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمة المصنفة ٢٨ ص ١٤٨ .

فلا إرث لها بعد العدة الرجعية ، وإن مات في أثناء السنة .
وتأسيساً على ما تقدم قال الإمامية فيمن تزوج أربعاً ، ثم طلقهن في مرضه ، ثم تزوج أربعاً ودخل بهن ، ومات في السنة ، مريضاً ، قبل أن تتزوج المطلقات ، ورث الثمان الثمن ، أو الربع ، بالسوية . ولا يرث أزيد من أربع زوجات إلا هن ، ولا يلحق الفسخ في المرض ؛ عملاً بالأصل .
وقال العلامة الحلي : « يكره طلاق المريض ، ويقع لو طلق . ويرث زوجته في العدة الرجعية . ورثته هي ولو كان الطلاق بائناً إلى سنة ، مالم تتزوج أو يبرأ من مرضه »^(١)

طلاق الكافر

لم يشترط الإمامية في المطلق سوى البلوغ والعقل والقصد والاختيار ومفاد ذلك أن طلاق الكافر لزوجته يقع .

طلاق المخطيء والفضولي والمدهوش

المذهب الحنفي

معنى الخطأ :

قال الحنفية : المخطيء هو من أراد التكلم بغير الطلاق فجرى على لسانه الطلاق . أو تلفظ بالطلاق غير عالم بمعناه ، أو غافلاً ، أو ساهياً^(٢) ، أو بالفاظ مصحفة .

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ .

(٢) في المصباح ، الغفلة : غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له . وفيه ، أيضاً ، سهواً عن الشيء بسببه : غفل قلبه عنه حتى زال عنه فلم يتذكره . وقوله « بين الساهي والناسي » بأن الناسي إذا ذكر تذكره الساهي بخلافه .

طلاق المخطيء . يقع قضاء لا ديانة

قال الأحناف : من أراد أن يقول سبحان الله فجرى على لسانه : أنت طالق تطلق ؛ لأنه صريح لا يحتاج إلى النية . ويقع الطلاق قضاء لا ديانة ففي فتح القدير عن الحاوي معزياً إلى الجامع الأصغر أن أسداً سئل عن أراد أن يقول : زينب طالق ، فجرى على لسانه : عمرة طالق على أيهما يقع الطلاق ؟ فقال : في القضاء تطلق التي سمي . وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما . أما التي سمي فلأنه لم يردّها . وأما غيرها فلأنها لو طلقت طلقت بمجرد النية .

وقال الأحناف : لو تلفظ الرجل بالفاظ مصحفة نحو : طلاع ، تلاك وتلاك ، يقع الطلاق قضاء لا ديانة ونقل عن محمد رحمه الله عن أبي حنيفة أن من أراد أن يقول لامرأته اسقيني ماء ، فقال وأنت طالق ، وقع طلاقه . وعلل الأحناف لوقوع طلاق المخطيء . بأنه ما فاته ليس إلا القصد ، وأنه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهزل (١) .

طلاق الفضولي موقوف

طلاق الفضولي صحيح موقوف على الإجازة بالقول أو بالفعل . والإجازة بالفعل يمكن أن تكون بأن يدفع إليها زوجها مؤخر صداقها بعدما طلق الفضولي . وقيل بعث المهر إليها ليس بإجازة للطلاق لوجوبه قبل الطلاق بخلاف النكاح .

طلاق المدهوش لا يقع

دهش بالكسر كفرح والمدهوش هو الرجل المنحصر ، أو من ذهب عقله من ذهل أو وله ... جاء في المصباح : دهش دهشاً ، من باب تعب ، ذهب عقله حياءً وخوفاً . ١ هـ ، قال ابن عابدين : وهذا هو المراد هنا ، ولذا جعله في البحر

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٠٠ — وابن عابدين ج ٢ ص ٤٦٠ ، ٤٦١

داخلا في المجنون ؛ قال في الخيرية : غلط من فسر ههنا بالتحير ؛ إذ لا يلزم من التحير ، وهو التردد في الأمر ، ذهاب العقل . وسئل نظماً فيمن طلق زوجته ثلاثاً في مجلس القاضى وهو معتاض مدهوش ؛ فأجاب نظماً أيضاً : بأن الدهش من أقسام الجنون فلا يقع . وإذا كان يعتاده بأن عرف منه الدهش مرة يصدق بلا برهان ...

وقال ابن عابدين : والذي يظهر لى أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول ، بل يكفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل . كما هو المفتى به في السكران على مامر . ولا ينافيه تعريف الدهش بذهاب العقل ؛ فإن الجنون فنون . ولذا فسر في البحر باختلال العقل ، وأدخل فيه العته والبرسام والإغماء والدهش . ويؤيد ماقلنا قول بعضهم : العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادراً والجنون ضده (١) .

طلاق الهازل واللاعب بالطلاق

لا يشترط الأحناف لوقوع الطلاق أن يكون الزوج جاداً في إيقاعه الطلاق ؛ وقالوا بوقوع طلاق الهازل بالطلاق ، واللاعب به واستدلوا لذلك بالسنة التي منها :

١ - قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ثلاث جدهن جد ، وهزلن جد ... النكاح والطلاق والعناق » . وفي رواية : « النكاح والطلاق والرجعة » ،

وجه الاستدلال :

أبان رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، أن كلاماً من النكاح والطلاق والعناق يتعقد من الموجد له سواء قصد إليه وعمد إلى إيجاده ، أو لم يكن يقصد ، بل كان

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٤٦٢ ، ٤٦٣ .

هازلا حينما أوجد ما تنعقده هذه الأمور . فالحديث يفيد أن الهازل بالطلاق يقع طلاقه متى تحقق منه ركن الطلاق . والرواية الثانية للحديث تنص على أن الرجعة تتم من الهازل كما يتم نكاحه ويقع طلاقه .

٢ - ما يروى عن أبي الدرداء أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال :
« من لعب بطلاق أو عتاق لزمه » .

٣ - قال الأحناف : إنه قد قيل إن قوله تعالى : « ولا تتخذوا آيات الله هزوا » نزلت في الهازل بطلاقه أو في عتاقه ، فقد كان الرجل ، في الجاهلية ، يطلق امرأته ، ثم يراجع ؛ فيقول : كنت لاعبا ، ويعتق عبده ثم يرجع فيقول : كنت لاعبا . فنزلت الآية . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من طلق ، أو حرر ، أو نكح ، فقال : إني كنت لاعبا فهو جائز منه » .
وجه الاستدلال :

في قوله ، صلوات الله وسلامه عليه : « من لعب بطلاق أو عتاق لزمه » نص قاطع في أن اللاعب بالطلاق يلزمه طلاقه ويقع الطلاق مرتبا عليه آثاره الشرعية . وكذلك من لعب بالعتق . منعا للإضرار بالغير ، واحتراما للحقوق المكتسبة . أما قوله صلى الله عليه وسلم : « من طلق ، أو حرر ، أو نكح ، فقال : إني كنت لاعبا فهو جائز منه » فهو يفيد تأكيد الحكم المستفاد من الحديث السابق .

وخلاصة ما يستفاد من هذه الأحاديث أنها اتفقت على أن الجدية لا تشترط لوقوع طلاق المطلق "١" .

المذهب المالكي

طلاق المخطئ :

يرى المالكية أن القصد ركن من أركان الطلاق . وقد فسروا القصد

قاتلين : إنه قصد اللفظ في الصريح أو في الكناية ، أو قصد حل العصمة في الكناية الخفية . وقد يئنا رأى المالكية في طلاق المخطيء عند بيان ركن القصد ، ولذلك لاداعي لتكراره هنا .

طلاق الهازل :

المشهور في مذهب المالكية وقوع طلاق الهازل . وضربوا مثالا يئنا به معنى الهزل ؛ فقالوا : والهزل في الطلاق كأن يخاطب زوجته بلفظ الطلاق على سبيل المزاح والملاعبة ، سواء أكان خطابها لها بلفظ الطلاق أم بالكناية الظاهرة ؛ كقوله لها أنت برية ، أو خلية . واستدل المالكية لرأيهم بما لا يخرج عما استدل به الأحناف ^(١) .

المذهب الشافعي

طلاق المخطيء :

قصد الطلاق ركن من أركان الطلاق عند الشافعية ، ولهذا قالوا : لو سبق لسان الرجل بطلاق بلا قصد لحروف الطلاق ولا لتمامه ؛ لغا ما سبق لسانه إليه ؛ لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : «رفع القلم عن ثلاث ؛ عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق» . ومثل ذلك ما إذا تلفظ بالطلاق حاكياً كلام غيره . وكذا الفقيه إذا تكرر منه لفظ الطلاق في درسه وتصويره ؛ وقال الشافعية : إن من ادعى أن لسانه قد سبق بالطلاق لا يصدق في هذا الادعاء إلا بقرينة ؛ لتعلق حق الغير به ، ولأن الظاهر الغالب أن البالغ العاقل لا يتكلم بكلام إلا ويقصده . ومن القرائن التي يستدل بها على صدق ما يدعيه ما لو دعاها ، بعد طهرها من الحيض إلى فراشه ،

(١) حاشية السوق على الفرح الكبير ٢ : ٣٦٦

فأراد أن يقول لها: أنت اليوم طاهرة فسبق لسانه، فقال: أنت اليوم طاهرة.
وقال الشافعية أيضاً: لو أن لرجل زوجة اسمها طالق فقال: يا طالق
وقصد النداء لم تطلق؛ لأن اسمها كذلك قرينة تسوغ تصديقه^(١).

الخطأ في الشخصية :

لكن الشافعية قالوا: لو أن رجلاً خاطب امرأته بطلاق وهو يظنها أجنبية
بأن كانت في ظلة أومن وراء حجاب، أو كان قد أنكحها له وليه أو وكيله،
ولم يعلم بالنكاح، أو نسيه أو نحو ذلك، وقع الطلاق^(٢).

طلاق المازل واللاعب :

يرى الشافعية، كما يرى الحنفية والمالكية، وقوع طلاق المازل بالطلاق،
وهو من يقصد التلفظ بالطلاق دون معناه. وكذا طلاق اللاعب بالطلاق؛
وهو من لا يقصد شيئاً كرجل يقول له زوجته، في معرض دلال أو ملاحظة
أو استهزاء اطلقني؛ فيقول لها لاعباً أو مستهزئاً طلقتك^(٣).

الدليل :

استدل الشافعية بالسنة التي منها قول الرسول، صلى الله عليه وسلم:
« ثلاث جدهن جد، وهزلن جد؛ الطلاق، والنكاح، والرجعة »، قال
البغوي: خص في الحديث الثلاث لتأكد أمر الفرج، وإن كان البيع وسائر
التصرفات تمنع بالهزل على الأصح اهـ
كما استدل الشافعية بالمعقول، فقالوا:

إن المازل أو اللاعب بالطلاق قد أوقع الطلاق في محله وظن غير
الواقع لا يدفعه.

المذهب الحنبلي

طلاق المخطئة :

قال أبو بكر : لا خلاف عن أبي عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته : اسقيني ماء ، فسبق لسانه ؛ فقال : أنت طالق ، أو أنت حرة - أنه لا طلاق فيه . ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فيجرى على لسانه غير ما في قلبه ، فقال : أرجو أن يكون الأمر واسعا . . . وهل تقبل دعواه في الحكم ؟ ينظر ؛ فإن كان في حال الغضب ، أو سؤاها الطلاق ، لم يقبل في الحكم ؛ لأن لفظه ظاهر في الطلاق ، وقرينة حاله تدل عليه ، فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين ، فلا تقبل . وإن لم تكن في هذه الحال فظاهر كلام أحمد ، في رواية منصور وأبي الحارث ، أنه يقبل قوله ؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد . وقال القاضي : فيه روايتان : هذه التي ذكرنا ؛ قال : وهي ظاهر كلام أحمد . (والثانية) لا يقبل قوله ؛ لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف ، فلم يقبل في الحكم ، كما لو أقر بعشرة ، ثم قال : زيوفا ، أو صغارا ، أو إلى شهر ^(١) .

الخطأ في الشخصية :

١- وإن أشار إلى عمرة فقال : يا حفصة أنت طالق ، وأراد طلاق عمرة ، فسبق لسانه إلى نداء حفصة - طلقت عمرة وحدها ؛ لأنه لم يرد بلفظه إلا طلاقها ، وإنما سبق لسانه إلى غير ما أراده فأشبهه ما لو أراد أن يقول : أنت طاهرة فسبق لسانه إلى أنت طالق . وإن أتى باللفظ مع علمه أن المشار إليها عمرة طلقا معا ؛ عمرة بالإشارة إليها وإضافة الطلاق إليها ، وحفصة بنية

وبلفظه بها ، وإن ظن أن المشار إليها خصة طلقت خصة وفي عمرة روايتان كالتى قبلها .

٢ - وإن لقي أجنبية ظنها زوجته؛ فقال: فلانة... أنت طالق، فإذا هي أجنبية، طلقت زوجته... نص عليه أحمد؛ لأنه قصد زوجته بلفظ الطلاق فطلقت، كما لو قال: علمت أنها أجنبية وأردت طلاق زوجتي. وإن قال لها: أنت طالق ولم يذكر اسم زوجته احتمل ذلك أيضا، لأنه قصد امرأته بلفظ الطلاق، واحتمل ألا تطلق، لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولا ذكر اسمها معه. وأن عليها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت، وإن لم يردها بالطلاق لم تطلق.

٣ - ومن لقي امرأته فظنها أجنبية فقال: تنحى يا مطلقة لا يقع طلاقه بذلك؛ قال أبو بكر؛ لأنه لم يرد بقوله هذا طلاقا لزوجته كسبق اللسان إلى ما لم يرده. وقيل تطلق لعدم العادة بالمخاطبة بقوله: يا مطلقة^(١).

الظاهرة

طلاق المخطئ.

ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه فإن قامت عليه بينة. قضى عليه بالطلاق وإن لم تقم عليه بينة لكن أتى مستفتيا لم يلزمه الطلاق. قال ابن حزم في رجل سمى امرأته: خلية طالق، ونادها بهذا الاسم، لا يقع طلاقه، حتى ولو قامت به بينة. وقال: قد روى قولنا عن إياس بن معاوية.

الدليل

واستدل الظاهرة بالكتاب والسنة وقضاء الصحابة

(١) المعنى لابن قدامة الخليل ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

أما الكتاب:

فقوله تعالى: « ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم ، » (١) .

وجه الاستدلال :

نفى الله الجناح والإثم عن الفعل الذى يقع خطأ من المكلف . وجعل الجناح مترتباً على القصد والعمد فى الأفعال . واعتبر النص : الفعل لاغياً فى مسألة وقوعه عن غير قصد ، وبذلك لا يقضى على من طلق غير قاصد إلى الطلاق ، لكن أخطأ لسانه ، إلا إذا قامت يئنة على أنه تامد لا مخطئ .
أما السنة:

فنها قول الرسول صلوات الله وسلامه عليه : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل أمرىء ما نوى ، » .

وجه الاستدلال:

بين الحديث أن لا عمل إلا بنية فإذا ما قامت يئنة ، على أنه نوى الطلاق ، فإنه حق قد ثبت . وهو ، فى قوله : لم أنو الطلاق ، مدح بطلان ذلك الحق ، الثابت فدعواه باطلة .

وأما قضاء الصحابة :

فأروى من طريق وكيع عن ابن أبى ليلى عن الحكم بن عتيبة عن خيشمة ابن عبد الرحمن قال : « قالت امرأة لزوجها : سمنى فسمهاا الظلية ، قالت : ما قلت شيئاً ؛ قال : فهات ما أسميك به ؛ قالت : سمنى خلية طالق ؛ قال : فأنت خلية طالق . فأنت عمر بن الخطاب ، فقالت : إن زجره طلقنى ؛ فجاء زوجها

يقص عليه القصة فأوجع عمر رأسها ، وقال لزوجها : خذ بيدها وأوجع رأسها (١) .

الوكالة في الطلاق

قال ابن حزم : لا يجوز الوكالة في الطلاق ؛ لأن الله عز وجل ، يقول : « ولا تكسب كل نفس إلا عليها (٢) » ، فلا يجوز عمل أحد عن أحد إلا حيث أجازاه القرآن أو السنة الثابتة عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، ولا يجوز كلام أحد عن كلام غيره إلا حيث أجازاه القرآن أو سنة عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم . ولم يأت في طلاق أحد عن أحد بتوكيله إياه قرآن ولا سنة ، فهو باطل . والمخالفون لنا أصحاب قياس بزعمهم ، وبالضرورة يدرى كل واحد أن الطلاق كلام ، والظهار كلام ، واللعان كلام ، والإيلاء كلام ، ولا يختلفون في أنه لا يجوز أن يظاهر أحد عن أحد ، ولا أن يلاع أحد عن أحد ، ولا أن يولى أحد عن أحد ، لا بوكالة ولا بغيرها ، فهل قاسوا الطلاق على ذلك ؟ ولكن ... لا النصوص يتبعون ، ولا القياس يحسنون ...

وقال ابن حزم : إن كل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق فإنه مخاطب به الأزواج لا غيرهم ، فلا يجوز أن ينوب غيرهم عنهم ، لا بوكالة ولا بغيرها ؛ لأنه يكون تعديا لحدود الله عز وجل وقد قال الله تعالى : « ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » . وقال الله تعالى : « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم » . فلا خيار لأحد في خلاف ما جاء به النص . وما نعلم إجازة التوكيل في الطلاق عن أحد من المتقدمين ، إلا عن إبراهيم والحسن .

الطلاق بالكتابة :

يرى الظاهرية أن الطلاق بطريق الكتابة إلى الزوجة بالطلاق لا يقع ،

(١) المحل لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠٠ مسألة رقم ١٦٦٤

(٢) الآية رقم ١٦٤ من سورة الأنعام

قال ابن حزم : (ومن كتب إلى امرأته بالطلاق فليس شيئاً) واستدل لذلك بما روى عن الحسن في رجل كتب بطلاق امرأته ثم عها ، فقال : ليس بشيء إلا أن يمضيه أو يتكلم به . كما روى الشعبي مثل هذا ؛ وقال : وقد صح ، أيضاً عن قتادة ^(١) .

الشيعة الإمامية

طلاق المخطيء :

يشترط الشيعة الإمامية في المطلق أن يقصد الطلاق - ولذا قال العلامة الحلي : - ولا يصح طلاق الم غضب مع ارتفاع القصد ^(٢) .

ومثل هذا جاء في الروضة البهية : فقد جاء فيها : والقصد : فلا عبرة بعبارة السامى والنائم والغافل . والفرق بين الأول والآخر أن الأول لا قصد له مطلقاً ، والثاني له قصد إلى غير من طلقها ، فغلط وتلفظ بها . ومثله ما لو ظن زوجته أجنبية بأن كانت في ظلمة ؛ فقال لها : أنت طالق فهو وإن قصد الشخص لكن قصده على تقدير كونها غير زوجته . وكذا لو زوجته بها وليه أو وكيله ولم يعلم بوقوع العقد وخاطبها بالطلاق فإنه لم يقصد طلاق زوجته ، ويصدق الزوج ، في ظنه ، ظاهراً وفي عدم القصد لو ادعاه مالم يخرج العدة الرجعية . ولا يقبل في غيرها إلا مع اتصال الدعوى بالصيغة ، وأطلق جماعة من الأصحاب قبول قوله في العدة من غير تفصيل ^(٣) .

(١) الحلي لاين حزم ج ١٠ ص ١٩٦ ، ١٩٧

(٢) المختصر النافع للحلي ص ١٩٧

(٣) الروضة البهية شرح اللمعة المذهبية لأجيبى العامل ج ٢ ص ١١٩

طلاق المكره المذهب الحنفي

معنى الإكراه :

الإكراه في اللغة حمل الإنسان على شيء يكرهه .

والإكراه في عرف الشرع ، هو : فعل يوجد من المكره ، فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذي طلب منه .

أنواعه :

والإكراه نوعان : تام وناقص .

١ - والإكراه التام ، وهو الملجئ ، ب تلف نفس أو عضو أو بعض عضو أو ضرب مبرح^(١) .

٢ - والإكراه الناقص ، وهو غير الملجئ ، كالتخويف بالحبس ، والقيد ، والضرب اليسير .

الشروط التي يتحقق بوجودها الإكراه :

شروط الإكراه أربعة :

١ - قدرة المكره على إيقاع ما مهد به ، سلطانا أو لضا^(٢) وهذا عند

(١) الضرب المبرح هو المولع في البحر . والبحر الشدة والفرء قال صاحب الفرائد : هو الضرب الذي يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه .

(٢) المراد من اللس . قيل : هو البارق ، وقيل هو الظالم المنتخب غير السلطان (حاشية

ابن عابدين ج ٥ ص ٨٧) .

الصاحبين (أبي يوسف ومحمد) وعند أبي حنيفة لا يتحقق الإكراه إلا من السلطان ؛ لأن القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان . وقال فقهاء الأحناف : إن الخلاف حقيقة بين الإمام وصاحبيه في هذا الشرط هو اختلاف عصر وزمان ، لا اختلاف حجة وبرهان ؛ لأن زمانه لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الإكراه . فأجاب بناء على ما شاهد . وفي زمان الصاحبين ظهر الفساد وصار الأمر إلى كل متغلب فيتحقق الإكراه من الكل ، سلطاناً ، ولصاً . والفتوى على قولهما .

٢ - خوف المكره (بفتح الراء) بناء على غالب ظنه إيقاع المكره (بكسر الراء) ما يهدد به في الحال ، وقيل : أنه لو هدده بمتلف بعد مدة وغلب على ظنه إيقاعه به صار هذا من الإكراه الملجئ . . والبعض قال : إن هذا يكون من قبيل الإكراه الملجئ . طالما كان المكره موجوداً عند المكره (بفتح الراء) وإلا لا (١) .

٣ - كون الشيء المكره به متلفاً نفساً حقيقة أو حكماً ، كتلف كل المال فإنه شقيق الروح ، أو متلفاً عضواً أو موجباً غمماً بعدم الرضا (وهذا أدنى مراتب الإكراه الملجئ) .

٤ - أن يكون المكره بمنعاً عما أكره عليه قبله ، إما لحقه ، أو لحق شخص آخر (كمن يكره على إتلاف مال غيره) أو لحق الشرع (كمن يكره على الزنا أو شرب الخمر) .

التهديد بالحبس أو القيد المديد

قال الأحناف : إن التهديد بالحبس ، إذا كان بأزيد من يوم يعتبر من

قبيل الإكراه الملجئ . ، وكذا التهديد بالقيد لمدة أزيد من يوم (هكذا يستفاد من العيني ، والزيلعي ^(١)) . ولم يجعل الزيلعي التهديد بحبس الوالدين والأولاد من قبيل الإكراه ؛ لأنه ليس بملجئ ، ولا يعدم الرضا ، بخلاف التهديد بحبسه هو . وقيل التهديد بحبس الأب كالتهديد بحبسه هو ، فيعتبر من قبيل الإكراه ، استحساناً بخلاف التهديد بحبس الابن . لكن المعتمد كما قال الطوري ، أنه لا فرق بين حبس الوالدين والولد في وجه الاستحسان ومثابهما كل ذي رحم محرم .

التهديد بحبس يوم أو بالقيد يوماً

وقال الأحناف : إن التهديد بالحبس يوماً أو القيد يوماً أو الضرب غير الشديد لغیر ذی جاه لا يعتبر إكراهاً . لأنه لا يفوت به الرضا . أما التهديد بالضرب اليسير لذي الجاه فهو من قبيل الإكراه ؛ لأن ضرره أشد . من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضا . وأضاف بعض فقهاء الأحناف إلى هذا النوع . ذی الضعف الذی لا یحتمل الضرب فإن التهديد به يعتبر إكراهاً ، لشدة ضرره بالنسبة له ^(٢) .

مدى إفساد الإكراه للرضا والاختيار:

الإكراه بنوعيه يعدم الرضا . لكن الإكراه الملجئ . ، وهو الكامل ، يوجب الإلزام ويفسد الاختيار ، فيثقل الفعل إلى الحامل المكروه فيما يصلح أن يكون المكروه آله للحامل ، كأنه فعله بنفسه كإتلاف النفس والمال ، وما لا يصلح أن يكون آله له اقتصر على المكروه كأنه فعله باختياره مثل الأقوال والآكل ؛ لأن الإنسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره ،

(١) حاشية ابن هاردين ج ٥ ص ٨٨ .

(٢) المصدر السابق .

فلا يضاف إلى غير المشكك والآكل ، إلا إذا كان فيه إتلاف فيضاف إليه من حيث الاتلاف لصلاحية المكروه ليكون آلة للمكروه فيما أكره عليه من هذا الأمر .

فالمكروه بملجى . معدوم رضاه كاره للفعل فاسد اختياره مجبر على الفعل . أما المكروه بغير ملجى . فهو كاره للفعل لكنه مختار . أما المكروه نتيجة تهديده بالقتل ، فهو كاره للفعل لارضائه به واختياره له غير صحيح .

أمر السلطان إكراه

وقال الأخفاف : إن أمر السلطان إكراه وإن لم يتوعده . أما أمر غيره فلا ، إلا إذا علم المأمور ، بدلالة الحال أنه لو لم يمثل أمره يقتله ، أو يقطع يده ، أو يضربه ضربا يخاف منه على نفسه .

طلاق المكروه يقع

قال الأخفاف : بوقوع طلاق المكروه ، إذ الأصل أن كل ما يصح مع الهزل يصح مع الإكراه ؛ لأن ما يصح مع الهزل لا يحتمل الفسخ ، وكل ما لا يحتمل الفسخ لا يؤثر فيه الإكراه . والطلاق مما لا يؤثر فيه الهزل ؛ لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ثلاث جدهن جد ، وهزلن جد... الزكاح ، والطلاق ، والعقاق » .

المذهب المالكي

تكلم المالكية عن الحالات التي يقع فيها طلاق المكروه والحالات التي لا يقع فيها طلاقه ، وذلك عند بيانهم لركن القصد في الطلاق . وقد أغنى ذلك ما ذكره هنا .

المذهب الشافعي

ما يحصل به الإكراه :

يحصل الإكراه بالتهديد بأمر محذور ؛ كضرب شديد ، أو حبس ، أو إتلاف مال ، ونحو ذلك .

شروط الإكراه :

اشترط الشافعية لتحقيق الإكراه الشروط الآتية :

١ - قدرة المكروه (بكسر الراء) على تحقيق ما هدد به المكروه (بفتح الراء) تهديداً عاجلاً سواء كانت قدرته على ذلك نتيجة تسلطه ظاهراً بولاية ، أو تغلب .

٢ - عجز المكروه عن دفع المكروه ، ولو بهرب أو استغاثة بغيره .

٣ - ظن المكروه أنه إن امتنع من فعل ما أكره عليه حقق المكروه ما هدد به .

٤ - أن يكون التهديد بما يخوف كضرب شديد ، أو حبس ، أو إتلاف مال ، أو نحو ذلك ، مما يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه . وقيل : يشترط أن يكون التهديد بقتل نفس المكروه فقط . وقيل : أو بقطع طرف من أطرافه ، أو بضربه ضرباً يفضي إلى القتل . والتهديد بما عدا ذلك لا يكون تهديداً ، يمنع من هدد به على إيقاع الطلاق ، فأوقعه ، من وقوع طلاقه لكن صاحب المنهاج اختار الرأي الأول ؛ وقال : إن الشرط هو أن يكون التهديد بمخوف سواء كان بالقتل ، أو بقطع طرف من الأطراف ، أو بالضرب الشديد ، أو بالحبس ، أو بإتلاف المال ، ونحو ذلك (١) .

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي جهم ج ٢ ص ١٦٤ - ومنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٩٠ .

الإكراه بلاحق لا يقع معه الطلاق

وقال الشافعية: لا يقع طلاق مكره بغير حق . أما لو أكره على الطلاق بحق وقع طلاقه . وصور بعض الشافعية الإكراه على الطلاق لإكراهاً بحق بصورة ما إذا أكره القاضى المولى بعد مدة الإيلاء على طلاقه واحدة حيث لم يبق لها بعد تمككه من الفى . وقد اعترض على هذا المثال بعدة اعتراضات وقال صاحب المغنى : والأصح أن الحاكم هو الذى يطلق على المولى الممتنع كما سيأتى فى بابهِ . وحينئذ فلا إكراه ، أصلا حتى يحتزعه بعبرة : بغير حق .

اختيار المكره الطلاق

قال الشافعية ، إذا وجدت من المكره قرينة تدل على اختياره للطلاق بأن كان أكره على ثلاث فطلق واحدة أو أكره على أن يطلق زوجته بصريح الطلاق ، أو يعلق طلاقه لها على شرط فطلقها كتابة ونوى الطلاق ، أو طلقها متجزاً ، أو أكره على طلاق زوجته كتابة فصرح بالطلاق ، أو أكره على أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثاً ، أو يطلقها منجزاً فطلقها معلقاً طلاقه على شرط - فالطلاق فى كل هذه الحالات يقع منه ؛ لأن مخالفته بأمره به مكرهه دلت وأشعرت باختياره فيما أتى به .

اختلاف الإكراه باختلاف الأشخاص والأسباب

قال صاحب المغنى^(١) : . ويختلف الإكراه باختلاف الأشخاص . والأسباب المكره عليها ؛ فقد يكون الشيء إكراهاً فى شخص دون آخر ، فالإكراه ياتلاف مال لا يضيق على المكره (بفتح الراء) ، كخمسة دراهم فى حق الفوسر ، ليس بإكراه على الطلاق ؛ لأن الإنسان يتحملة ولا يطلق بخلاف المال الذى يضيق عليه . والحبس فى الوجه إكراه وإن قل كقوله الأذرى .

(١) معنى المحتاج للمعرفة معانى ألفاظها ج ٢ ص ٢٩٠ للفقير الشيخ محمد الشربيني الحطيط

والضرب اليسير في أهل المروءات إكراه . والتهديد بقتل أصله، وإن علا، أو فرعه، وإن سفل، إكراه بخلاف ابن العم ونحوه . بل يختلف ذلك باختلاف الناس، (١).

لا يقع طلاق المكره ولو ترك التورية :

قال الشافعية: لا يشترط في عدم وقوع طلاق المكره التورية (٢) كأن ينوى بقوله طلقت زينب مثلاً امرأة أخرى غير زوجته، أو ينوى بالطلاق: المعنى اللغوي وهو حل الوثائق، أو يتلفظ سراً، وإن شاء الله، بحيث لم يسمعه المكره؛ وقيل: إن ترك المكره التورية بلا عذر له في تركها وقع طلاقه لإشعاره بالاختيار. أما لو تركها لعذر كدهشة، لم يقع الطلاق قطماً (٣).

فروع

قال الشافعية: لو أن اللصوص قالوا لشخص: لن نخليك حتى تحلف بالطلاق أنك لا تخبر بنا خلف بذلك، فهو إكراه منهم له على الحلف، فإذا أخبر بهم لم يقع عليه طلاق. أما لو أكره ظالم شخصاً على أن يدلّه على رجل أو على ماله، فأنكر معرفته، محله فلم يخلفه حتى يحلف له بالطلاق. فخلف به كاذباً أنه لا يعلمه فإن طلاقه، يقع في هذه الحالة؛ لأنه، في الحقيقة، لم يكره على الطلاق، بل خير بينه وبين الدلالة على الرجل؛ أو على ماله.

الأدلة

استدل الشافعية بالسنة، والمعقول

أما السنة :

ففيها: قوله صلى الله عليه وسلم: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

(١) هو العلامة الشيخ محمد الشافعي الخطيب صاحب معنى المحتاج إلى معرفة ما في أقطاب المنهاج.

(٢) ضابط التورية هي أن ينوى ما لو صرح به لقبيل ولم يقع الطلاق.

(٣) المصدر السابق.

٢ - قوله صلى الله عليه وسلم: « لا طلاق في إغلاق » أى إكراه رواه أبو داود والحاكم وصححه إسناده على شرط مسلم .
وجه الاستدلال :

الحديث الأول يفيد نفي الآثار المترتبة عن فعل يصدر نتيجة إكراه سواء كان هذا الفعل تطبيقاً أو غيره . ومعنى هذا إلغاء الطلاق الصادر من المكروه نتيجة إكراهه على الإتيان به .

أما الحديث الثانى فهو صريح فى نفي الحكم المترتب على الطلاق الصادر عن إكراه ، لأن نفي القول بعد وجوده غير ممكن فينصب النفي على آثار الفعل ومفاد ذلك إلغاء حكم الطلاق الصادر نتيجة الإكراه .
وأما لمعقول :

فقد قال الشافعية : إن ما تلفظ به المكروه لا اعتبار له ؛ لأنه لا اختيار له نتيجة إكراهه بما يخوف ، ومضى انعدم الاختيار صارماً صدر عن المكروه من طلاق فى حكم العدم ، فلا يعتد به ولا يترتب عليه آثاره ، بدليل أنه لو أكره الإنسان على الإسلام بغير حق لا يصح إسلامه كإكراه الذمى على الإسلام .

المذهب الحنبلى

لا يختلف رأى الحنابلة عن رأى الشافعية فى القول بعدم وقوع طلاق المكروه إذا كان الإكراه بغير حق . كما قالوا كالشافعية ، إن الإكراه بحق لا يمنع من وقوع الطلاق . ومثلوا هذه الحالة بحالة إكراه الحاكم الرجلين اللذين زوجها وليان ولا يعلم السابق منها على الطلاق فان طلاقها يقع مع الإكراه عليه وعللوا ذلك ، فقالوا : إنه قول حمل عليه بحق فصح ؛ كإسلام المرتد إذا أكره عليه ؛ ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه ، فلو لم يقع لم يحصل المقصود (١) .

(١) الفتاوى لابن قدامة الحنبلى ٨٠ ص ٢٦٠ - والشرح الكبير على هامش الفتاوى ٨٠ ص ٢٤٢ - ٤٤

لا بد من أن ينال المكروه شيء من العذاب

وقال الحنابلة . لا يكون المكروه مكرها حتى ينال بشيء من العذاب مثل الضرب ، أو الحرق ، أو عصر الساق وما أشبهه ولا يكون التواعد كرها .

الأدلة

استدل الحنابلة على أن طلاق المكروه بغير حق لا يقع بما استدل به الشافعية من قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه ابن ماجه . وبما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا طلاق في إغلاق » أي إكراه .

وزاد الحنابلة على ما تقدم أن كثيرا من الصحابة قد قالوا بذلك ولا يخالف لهم في عصرهم ، فيكون إجماعا . كما قالوا : إن الطلاق الصادر من المكروه قول حمل عليه بغير حق ، فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها .

واستدل الحنابلة على أنه لا بد وأن ينال المكروه بشيء من العذاب بما روى أن المشركين أخذوا عمارا فأرادوه على الشرك فأعطاهم فأتته إلية النبي ، صلى الله عليه وسلم ، وهو يبكي ، فجعل مسح الدموع عن عينيه ويقول : « أخذك المشركون فغطوك في الماء ، وأمروك أن تشرك بالله ، ففعلت فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » رواه أبو حفص بإسناده ، كما استدلوا بقول عمر رضي الله عنه : « ليس الرجل آمينا على نفسه إذا أجمعه ، أو ضربته ، أو وثقته ، وهذا يقتضي وجود فعل يكون به إكراها .

مدى تحقق الإكراه بالوعيد

قال الخنابلة: في الوعيد بمفرده، دون أن ينال المكروه شيء من العذاب، كالضرب، أو الخنق في تحقق الإكراه به أو عدم تحققه، يروى عن أحمد في ذلك روايتان. إحداهما، أن الوعيد بمفرده، ليس بإكراه. واستدل للرأى الوارد في هذه الرواية بأن الذى ورد به الشرع بالرخصة معه هو ما ورد في حديث عمار وفيه: «لأنهم أخذوك في الماء»، فلا يثبت الحكم إلا فيما كان مثله.

والثانية: أن الوعيد، بمفرده إكراه. وقال في رواية ابن منصور: حد الإكراه إذا خاف القتل، أو ضرباً شديداً. واستدل لهذا الرأى بأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد فإن الماضى من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه، ولا يخشى من وقوعه. وإنما أبيع له فعل المكروه عليه دفعاً لما يتوعد به من العقوبة فيما بعد، وهو في الموضعين واحد، ولأنه متى توعد بالقتل، وعلم أنه يقتله، فلم يبيع له الفعل، فسيفضى ذلك إلى قتله، وإلقائه بيده إلى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالإكراه شيئاً، لأنه إذا طلق في هذه الحالة وقع طلاقه، فيصل المكروه إلى مراده ويقع الضرر بالمكروه. وثبوت الإكراه في حق من نيل بشيء من العذاب لا يبنى ثبوت الإكراه في حق غيره. وقد روى عن عمر، رضى الله عنه، في الذى تدلى يشترع سلاً فوقفت أمرته على الحب، وقالت: طلقنى ثلاثاً، وإلا قطعت، فذكرها الله والإسلام فقالت: لتفعلن، أو لأفعلن فطلقها ثلاثاً، فردة إليها. رواه سعيد بإسناده. وهذا كان وعيداً^(١).

شروط الإكراه

قال الخنابلة: إن من شرط الإكراه ثلاثة أمور:

(١) المنى لابن قدامة الجلبى ص ٢٦٠ و ٢٦١ - والفرج الكبير على متن المنى لشيخ شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر بن أحمد بن قدامة المقدسى ص ٢٤٤ على هامش المنى لابن قدامة.

(أحدها) : أن يكون الإكراه من قادر بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه .
(الثاني) : أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ماطلبه .
(الثالث) : أن يكون الإكراه بما يستضربه ضررا كثيرا كالقتل والضرب الشديد ، والقيد ، والحبس الطويلين .

السب والشتم

قال الحنابلة : السب والشتم لا يتحقق بهما إكراه . وكذلك التهديد بأخذ المال . أما التهديد بالضرب اليسير في حق من لا يبالي به فليس بإكراه . وأما بالنسبة لذوى المروءات فإن وقع على وجهه يكون إخرقا بصاحبه ، وغضاله ، وشهرة في حقه ، فهو كالضرب الكثير في حق غيره .

التهديد بتعذيب الولد

يرى جمهور الحنابلة أن الأولى أن يكون التوعد بتعذيب الولد إكراها ؛ لأن ذلك عند الأب أعظم من أخذ ماله ، والوعيد بذلك إكراه ، وكذلك هذا . وهناك رأى آخر بأن هذا التوعد ليس بإكراه ؛ لأن الضرر لاحق بغير المكره^(١) .

الخطأ وقت الإكراه

قال الحنابلة : إن الخطأ وقت الإكراه لا يأخذ حكم الفعل الذي وقع بسبب الإكراه ؛ فمن أكرهه على طلاق امرأة فطلق غيرها ، وقع ؛ لأنه غير مكره عليه . وإن أكرهه على طلاقه فطلق ثلاثا وقع أيضا ؛ لأنه لم يكرهه على الثلاث وإن طلق من أكرهه على طلاقها وغيرها ، وقع طلاق غيرها دونها .

من قصد الطلاق دون دفع الإكراه

من خلت نيته في الطلاق دون دفع الإكراه وقع طلاقه لأنه قصده

(١) المتن لاين قدامة المحتل ج ٨ ص ٢٦٢ - الشرح الكبير على هامشه ص ٢٤٥ .

واختاره . ويحتمل ألا يقع ؛ لأن اللفظ مرفوع عنه فلا يبقى إلا مجرد
الثنية فلا يقع بها طلاق .

القول قول المكره في تأوله

ومن طلق امرأته مكرها على طلاقها ونوى بقلبه غير امرأته ، أو تأول في
يمينه فله تأويله ويقبل قوله في نيته ؛ لأن الإكراه دليل له على تأويله ، وإن
لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع لأنه معذور ، فهو مكره على الطلاق لعموم
الأدلة التي تشمل مثل هذه الحالة ضمن حالات الإكراه ، ولأنه قد لا يحضره
التأويل في تلك الحال فتفوت الرخصة (١) .

الظاهرية

وبمثل قول الشافعية والحنابلة قال الظاهرية... قال ابن حزم : وطلاق
المكره غير لازم له . ثم ذكر أدلة لقوله لا تخرج عما ذكره الشافعية
والحنابلة من أدلة ، ثم قال : إن علينا إيراد البرهان بحول الله وقوته على
بطلان طلاق المكره : فن ذلك . قول الرسول ، صلى الله عليه وسلم . وإنما
الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى ، فصح أن كل عمل بلا نية
فهو باطل لا يعتد به . وطلاق المكره عمل بلا نية ، فهو باطل . وإنما هو
حاك لما أمر أن يقوله فقط . ولا طلاق على حاك كلاما لم يعتد به وقد صح
عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم : « إن الله تجاوز لأمتي عن الخطأ
والنسيان ، وما استكرهوا عليه » .

ثم اعترض ابن حزم على من قال بوقوع طلاق المكره ، فقال : ومن
أعظم تناقضهم أنهم يجيزون طلاق المكره ونكاحه وإنكاحه ورجعته وعنته ،

(١) المنى لأبن قدامة ١/ ٢٦١ ، ٢٦٢ والفرح الكبير على هامشه ٨٠ ص ٢٤٦

ولا يميزون بينه ولا ابتياعه، ولا هبته، ولا إقراره . وهذا تلاعب بالدين، ونعوذ بالله من الخذلان (١) .

الشبهة الإمامية

قال الإمامية : لا بد لوقوع الطلاق من وجود الاختيار من المطلق ، فلا يقع طلاق المكره ، كما لا يقع شيء من تصرفاته عدا ما استثنى .

مدى تحقق الإكراه :

برى الإمامية أن الإكراه يتحقق بتوعد المكره المكره بما يكون مضرا به في نفسه أو من يجرى مجراه بحسب حاله بالشروط الآتية :

- ١ - أن يكون المتوعد قادرا على فعل ما توعد به .
- ٢ - علم المكره (بفتح الراء) ، أو ظنه ، بأن المتوعد يفعل به ما توعد به لو لم يفعل ما أمره به .

التهديد بالقتل أو الجرح أو إتلاف المال :

برى الإمامية أن التهديد بالقتل أو الجرح أو أخذ المال ، وإن قل ، هو إكراه . ويستوى في هذا التهديد جميع الناس .

أما التهديد بالشتم والضرب والحبس فيختلف الأمر ، في هذه الأمور ، باختلاف الناس ؛ فقد يؤثر قليلا في الوجه الذي ينقصه ذلك . وقد يحتمل بعض الناس شيئا منها لا يؤثر في قدره ، والمرجع في ذلك إلى العرف .

وقال الإمامية بعدم تحقق الإكراه فيمن أكره على تطليق زوجته فطلقها ، لا دفعا للإكراه ، بل قاصدا إلى الطلاق راغبا فيه . أو أكره على طلاق زوجة معينة فطلق غيرها ، أو على أن يطلق زوجته طليقة واحدة فطلقها أزيد من واحدة .

وقالوا بوقوع الطلاق في هذه الحالات .

(١) المحل لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠٣ - ٢٠٥ .

طلاق الساهى ، والنائم ، والغالط :

كما يرى فقهاء الإمامية عدم الاعتداد بعبارة الساهى والنائم والغالط وإلغاء الطلاق الصادر من كل واحد من هؤلاء الثلاثة لعدم القصد الذى هو ركن من أركان الطلاق عندهم ، وقالوا : إن الفرق بين الساهى والغالط أن الساهى لا قصد له مطلقاً ، أما الغالط فله قصد إلى غير من يطلقها فغلط ، وتلفظ بها ، كما لو ظن زوجته أجنبية بأن كانت فى ظلمة فقال لها : أنت طالق ؛ فهو وإن قصد الشخص لكن قصدها على تقدير كونها غير زوجته . وكذا لو توجه بها وكيله أو وليه ولم يعلم بوقوع العقد وخاطبها بالطلاق فإنه لم يقصد طلاق زوجته .

طلاق السكران

المذهب الحنفى :

عرف الاحناف السكر : فقالوا : السكران هو من لا يعرف الرجل من المرأة ، ولا السماء من الأرض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف ، فهو كالصاحى^(١) وقيل : السكر الذى يصح به التصرفات أن يصير بحال بحيث يحسن ما يستقيحه الناس ، أو يستقيح ما يستحسنه الناس ، لكنه يعرف الرجل من المرأة .

حكم طلاق السكران :

قال السكالى بن المهام : الأمر لا يخلو إما أن يكون قد سكر بمباح أو بمحظور فإن كان قد سكر بمحظور وقع طلاقه . وإن كان السكر بغير محظور بل بمباح كالبنج والدواء فلا يقع طلاقه . قال عبد العزيز الترمذى . سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع رأسه فطلق امرأته قالوا : إن كان ، حين يشرب ، يعلم أنه ما هو ، تطلق امرأته ، وإن لم يعلم لم تطلق .

(١) السكالى بن المهام - فتح القدير ٣ ص ٤٠

ومن قال بوقوع طلاق السكران من التابعين سعيد بن المسيب، وعطاء، والحسن البصرى، وإبراهيم النخعى، وابن سيرين، ومجاهد (١).

الدليل :

واستدل لهذا رأى بأن من سكر بمحذور يعتبر في حكم العاقل تشديداً عليه في الأحكام الفرعية . وهذا مناسب له لتسببه في زوال عقله بسبب محذور، وهو مختار فيه، فاعتبرت أقواله، فيقع طلاقه .

رأى آخر بعدم وقوع الطلاق :

وقال بعدم وقوع طلاق السكران القاسم بن محمد، وطاؤوس، وربيعة بن عبد الرحمن، والليث، وإسحاق بن راهويه، وأبو ثور، وزفر. كما نقل هذا القول منسوباً إلى عثمان رضي الله عنه . وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما . وهو مختار السكرخى، والطحاوى، ومحمد بن سلة، من فقهاء الحنفية .

وجهة نظر أصحاب هذا رأى :

قال أصحاب هذا رأى ، إن أقل ما يصح من التصرف معه ، وإن كان حكمه بما يتعلق بمجرد لفظه ، القصد الصحيح أو مظنته ، وليس للسكران ذلك . والسكران أسوأ حالاً من النائم ، لأنه إذا أوقظ لا أثر له ، وإلا صحت رده ، ولا تصح . فكما لا يقع طلاق النائم كذلك ما مثله وهو السكران لا يقع طلاقه ولا تأثير لكونه سكر بمحرم فكما أن السفر لمعصية جعل سبباً للترخيص والتخفيف فكذلك السكر ، فشرب المسكر كالسفر لمعصية فيكون سكره ولو من محرم سبباً في عدم الاعتداد بما يصدر عنه من تصرفات تخفيفاً عليه (٢) .

(١) المصدر السابق .

(٢) فتح القدير ج ٣ من ٤٠ — والهداية شرح بداية المجتهد ج ٣ من ٤٠ والنهاية للبايزى على هامش فتح القدير ذات الجزء والصفحة .

مناقشة وجهة نظر من قال بعدم وقوع طلاق السكران

قال أصحاب الرأي الراجح في المذهب معترضين على من قال بعدم وقوع طلاق السكران : إن الشرع خاطب السكران في حال سكره بالأمر والنهي بحكم فرعي : «ولا تقربوا الصلاة وأتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون» ففرقنا من ذلك أنه اعتبره كقيام العقل تشديداً عليه في الأحكام الفرعية . وعقلنا أن ذلك يناسب كونه تسبب في زوال عقله بسبب محذور وهو بخار فيه ، فكانت تصرفاته معتبرة أسوة ، بتصرفات العقلاء والمكلفين فيما لا يثبت لشبهة ، وهو الحدود والقصاص ، فيحد إذا قذف ، ويقتل إذا قتل ، فلا ن يلحق بالعاقل فيما يثبت مع الشبهة ، كالطلاق ، والعناق أولى .

دفع شبهة

أما الاعتراض بأن الحكم ببقاء عقل من سكر بمحذور تقديرًا بعد زواله حقيقة ، نتيجة لشربه المسكر ، عقوبة وزجرًا له — يلزم منه الحكم بصحة رده في هذه الحالة ، فيرد على هذا الاعتراض بأن عدم صحة ردة السكران ، استحسانًا ، نظرًا له ، لأن بقاء العقل تقديرًا بعد زواله حقيقة للزجر ، وإنما تقع الحاجة الزاجر فيما يغلب وجوده لوجود الداعي إليه طبعًا ، والردة لا يغلب وجودها لانعدام الداعي إليها فلا حاجة إلى استبقاء عقل السكران في حال رده للزجر ، ولأن جهة زوال العقل حقيقة يقتضي بقاء الإسلام وجهة بقاءه تقديرًا يقتضي زوال الإسلام فيرجح جانب البقاء ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ، ولهذا يحكم بإسلام الكافر إذا أكره على الإسلام ، ولا يحكم بكفر المسلم إذا أكره على إجراء كلمة الكفر ، فأجرب ، وأخبر أن قلبه كان مطمئنًا بالإيمان ... كذا هذا . أما عدم صحة إقرار السكران بما يوجب الحد ، فلا ن حاله ، وهو كونه لا يثبت على شيء ، يوجه زاجعا عما أقر به عقبيه .

وأما الهازل إذا نطق بكلمة الكفر فلا فيحكم بكفره لا يستخفافه بالدين ؛

إذ الاستخفاف بالدين كفر ولا استخفاف بالدين عند السكران الناطق بكلمة الكفر ، لأن زائل العقل لا يوصف بأنه مستخف بشئ^(١) .

٣ - السكر بسبب مباح وحصول لذة به :

قال صاحب البدائع : « وإن كان سكره بسبب مباح ، لكن حصل له به لذة ، بأن شرب الخمر مكرهاً حتى سكر ، أو شربها ، عند ضرورة العطش ، فسكر ؛ قالوا : إن طلاقه واقع أيضاً ؛ لأنه وإن زال عقله ، فإنما حصل زوال عقله بلذته ، فيجعل عقله قائماً ، ويلحق الإكراه والاضطرار بالعدم كأنه شرب طامعاً حتى سكر^(٢) .

من سكر بدواء .

أما من زال عقله بسبب دواء ، فيرى صاحب البدائع أن هذه هي الحالة التي لا يقع فيها طلاق السكران . ولذا قال : ^(١) « وذكر محمد ، رحمه الله تعالى ، فيمن شرب النبيذ ولم يزل عقله ، ولكن صدع فزال عقله بالصداع أنه لا يقع طلاقه ؛ لأنه ما زال عقله بمعية ، ولا بلذته فكان زائلاً حقيقة وتقديراً . وكذلك إذا شرب البنج أو الدواء الذي يسكر وزال عقله لما قلنا في المجنون . وقد روى عن النبي ، صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه » ،

لا يقع طلاق من شرب الخمر فزال عقله بالصداع :

قال الكمال بن الهمام فيمن زال عقله بالبنج والدواء (الافيون) : « وعدم

(١) بدائع الصنائع للكاتبي ج ٣ ص ١٠٠ وفتح القدير للكمال بن الهمام ج ٣ ص ٤١٤

(٢) بدائع الصنائع للكاتبي ج ٣ ص ١٠٠

(٣) المصدر السابق .

الوقوع بالبنج والافيون ؛ لعدم المعصية ، فإنه يكون للتداوى ، غالباً ، فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية ، حتى لو لم يكن للتداوى بل للهو وإدخال الآفة قصداً ، ينبغي أن نقول يقع ؛ فإن عبد العزيز الترمذى قال : سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع إلى رأسه فطلق امرأته قالا : إن كان حين شرب ، يعلم أنه ما هو تطلق امرأته ، وإن لم يعلم لم تطلق . ومعلوم أن الضرورة مبيحة ، فكان يحمل هذا ما قلنا . وعلى ذلك قلنا إذا شرب الخمر فصدم فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع . والحكم لا يضاف إلى علة العلة كالشرب إلا عند عدم صلاحية العلة أعنى الصداع ، للقطع بأن أثرها لا يصل إلى المعلوم الأخير . ولو تنزلنا فالشرب ليس موضوعاً للصداع ؛ بل يثبت الصداع اتفاقاً عند استعداد الطبيعة له في ذلك الوقت ، فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية ، لما لم يكن موضوعاً للمعصية لم يوجب التشديد ، بل يمنع الترخص ، فلم يصف زوال العقل إليه ، ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل ، بل زال به ، حيث تعلق به التشديد لإضافة زوال العقل إليه وهو المعصية . وعلى هذا لو شربها مكرها . أو لإسائة لقمة ، ثم سكر لا يقع عند الأئمة الثلاثة . وبه قال بعض مشايخنا . ونفر الإسلام وكثير منهم على أنه يقع ، لأن عقله زال عند كمال التلذذ ، وعند ذلك لم يبق مكرهاً . والأول أحسن . لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا التسبب في زواله بسبب محظور وهو منتفـ (٢)

ملخص ما قيل .

ولخص الكمال بن الهمام ما قيل في السكر بسبب مباح فقال : « والحاصل أن السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر والأشربة الأربعة المحرمة ،

أو اضطر ، لا يقع طلاقه وعتاقه . ومن سكر منها مختاراً اعتبرت عباراته .
طلاق من سكر من شراب العسل :

وأما من شرب الأشرطة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطاق لا يقع عند
 أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد . ويفتى بقول محمد ، لأن السكر ، من كل
 شراب ، محرم ، (٢) .

فالراجح كما يراه السكّال بن الهمام كما هو واضح من قوله المذكور أن من
 أكره على شرب الخمر فشرها فسكر لا يقع طلاقه سواء تلبّذ بالشرب أو لم يتلبّذ .

المذهب المالكي

السكر بسبب غير محظور :

ألقى المالكية السكران ، بحلال ، بالجنون ، فقالوا بعدم وقوع طلاقه : فقد
 قالوا : « لا يقع طلاق مجنون ، ولو غير مطبق ، إذا طلق حال جنونه ، ولا من
 مغمى عليه ، ولا من سكران : لأن حكمه حكم المجنون . »
السكر بمحظور :

وقالوا : بصحة طلاق السكران بمحظور ؛ لأنه أدخله على نفسه . وهذا
 هو الرأي المشهور والمعتمد في المذهب .
رأي آخر ضعيف .

وقيل : إن من سكر بشربه محظوراً وأصبح لا يميز ، ثم طلق زوجته لا يقع
 طلاقه ، لأنه أصبح في حكم المجنون (٣) . والرأي الأول هو المشهور . وقال ابن
 رشد : وأما طلاق السكران ، فالجمهور من الفقهاء على وقوعه . وقال قوم
 لا يقع ؛ منهم المازني وبعض أصحاب أبي حنيفة . والسبب في اختلافهم هل
 حكمه حكم المجنون أم بينها فرق ؟ فن قال : هو والمجنون سواء . إذ كان كلاهما
 فاقداً للعقل ، ومن شرط التكليف العقل — قال : لا يقع ، ومن قال الفرق
 بينها : أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته والمجنون بخلاف ذلك .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٦٥ طبع مطبعة الحلبي .

ألزم السكران الطلاق ، وذلك من باب التغليظ عليه .
ولخص ابن رشد ما يلزم السكران بالجملة من الأحكام وما لا يلزمه ؛ فقال
قال مالك : يلزمه الطلاق والعق والقيود من الجراح والقتل . ولم يلزمه النكاح
ولا البيع ، وألزمه أبو حنيفة كل شيء . وقال الليث : كل ما جاء من منطق
السكران فموضوع عنه ، ولا يلزمه طلاق ولا عق ولا نكاح ، ولا بيع ،
ولا حد في قذف ، وكل ما جنته جوارحه فلازم له ، فيحد في الشرب ، والقتل ،
والزنى ، والسرقة . وثبت عن عثمان بن عفان ، رضي الله عنه ، أنه كان لا يرى
طلاق السكران . وزعم بعض أهل العلم أنه لا يخالف لعثمان في ذلك من
الصحابة . وقول من قال : إن كل طلاق جائز بالإطلاق المعتوه ، ليس نصاً في
إلزام السكران الطلاق ؛ لأن السكران معتوه ما . وبه قال داود وأبو ثور
وإسحاق وجماعة من التابعين : أعني أن طلاقه ليس يلزم . وعن الشافعي
القولان في ذلك ، واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور . واختار
المزني من أصحابه أن طلاقه غير واقع (١) .

المذهب الشافعي

طلاق السكران :

فرق الشافعية ، كما فعل المالكية ، بين السكر بمحرم والسكر بخلال للتداوى
أو أكراه على شرب الخمر ، فقالوا : إذا أوجر الإنسان خمرأ ، أو أكراه
على شربها ، أو شرب دواء يزيل العقل بقصد التداوى ، فإنه لا يقع طلاقه ،
ولا يصح تصرفه . أما من أثم بمزيل عقله من شراب خمر أو غيره ، أو دواء
بنييد أو غيره ؛ فنذ طلاقه وتصرفه له قولاً وفعلاً ، ونفذ أيضاً تصرفه عليه
قولاً وفعلاً ، كإسلام وردة وقطع وقتل على الرأي المعتمد في المذهب . وفي
قول لا ينفذ شيء من تصرفه ؛ لأنه ليس له فهم صحيح . وقيل ينفذ تصرفه
عليه كالطلاق والإقرار تغليظاً عليه .

واحتج من قال بأن طلاقه وجميع تصرفاته نافذة له أو عليه بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : «رفع القلم عن ثلاثة عن التائب حتى يستيقظ ، والصبي حتى يحتلم ، والمجنون حتى يفيق» .

والسكران ليس في معنى واحد من هؤلاء فإنه يجب عليه قضاء الصلاة والصوم وغيرهما ، فالقلم غير مرفوع عنه بخلاف المجنون . (١)

المذهب الحنبلي

طلاق الزائل العقل بلا سكر :

قال صاحب المغني (٢) : «أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه كذلك قال عثمان ، وعلى ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والنخعي ، والشعبي ، وأبو قلابة ، وقتادة ، والزهرى ، ويحيى الأنصارى ، ومالك ، والثوري ويستمر صاحب المغني في كلامه فيقول : «وسواء زال عقله لجنون ، أو إغماء ، أو نوم ، أو شرب دواء ، أو أكره على شرب الخمر ، أو شرب ما يزيل عقله شربه ، ولا نعلم أنه مريل للعقل ، فكل هذا يمنع وقوع الطلاق ، رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافاً .

طلاق من شرب البنج :

أما من شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالماً به ، متلاعياً لحكمه حكم السكران في طلاقه لأنه زال عقله بمعصية ، فأشبهه السكران . وبهذا قال أصحاب الشافعى . وقال أصحاب أبي حنيفة : لا يقع طلاقه ، لأنه لا يلند بشرها .

طلاق السكران :

تعددت الروايات عن أحمد في طلاق السكران ، فرواية عنه تفيد أن

(١) منى المحتاج إلى معرفة مائى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ .

(٢) موفى الدين أبي حنيفة بن محمد بن محمد بن محمود بن لثامة التوفى سنة ٦٣٠ هـ صاحب كتاب المنى على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرفى التوفى سنة ٨٣٤ هـ

طلاقه يقع . ورواية أخرى تفيد عدم وقوع طلاقه . ورواية ثالثة يتوقف عن الجواب ويقول: قد اختلف فيه أصحاب رسول الله ، صلى عليه وسلم . ولذلك فهو يترك القول فيها لتعارض الأدلة فيها وإشكال دليلها . وقد اختار القول بوقوع طلاق السكران أبو بكر الخلال والقاضى ، لقول الرسول ، صلى الله عليه وسلم : « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه » ، وقد نقل ذلك عن كثير من الصحابة ؛ منهم على ومعاوية ؛ ولأن السكران اعتبره الصحابة كالصاحي في الحد بالغذف ، بدليل ما روى أبو وبرة السكبي قال : أرسلني خالد إلى عمر فأنبته في المسجد ومعه عثمان ، وعلى ، وعبد الرحمن ، وطلحة ، والزبير . فقالت : إن خالداً يقول : إن الناس انهمكوا في الخمر . وتحاقروا العقوبة ؛ فقال عمر : هؤلاء عندك فسلمهم ؛ فقال على : نراه إذا سكر هذى ، وإذا هذى اقترى ، وعلى المفترى ثمانون . فقال عمر : أبلغ صاحبك ما قال ، فمؤلام صحابة رسول الله اعتبروا السكران كالصاحي في مقدار العقوبة (عقوبة القاذف) . وهو مكلف ، بدليل أنه يقتل إذا قتل ، ويقطع بالسرقة . وبهذا قارق المجنون .

أما الرواية القائلة بعدم وقوع طلاق السكران فاختارها أبو بكر عبد العزيز ، وعلل لرجحانها بأن السكران زائل العقل ، فأشبه المجنون والنائم ، ولأنه مفقود الإرادة فأشبه المكروه . والعقل شرط للتكليف ؛ إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهى ، ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه . ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية ، أو غيرها بدليل أن من كسر ساقية جاز له أن يصلي قاعداً ، ولو ضربت المرأة بطنها فنفسست سقطت عنها الصلاة ، ولو ضرب رأسه فجن سقط التكليف .^(١)

حد السكر :

وحد السكر الذى يقع الخلاف فى صاحبه هو الذى يجعله يخطئ فى كلامه ،

ولا يعرف رداه من رداه غيره ، وفعله من فعل غيره ونحو ذلك ، لأن الله تعالى قال : (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ، حتى تعلموا ما تقولون) فجعل علامة زوال السكر عليه بما يقول . وروى عن عمر ، رضى الله عنه أنه قال : إستقرئوه القرآن ، وألقوا رداه فى الأردية : فإن قرأ أم القرآن ، أو عرف رداه ، وإلا فاقم عليه الحدة ولا يعتبر ألا يعرف السماء من الأرض ، ولا الذك من الأنثى ؛ لأن ذلك لا يخفى على المجنون فعليه أولى .

المذهب الظاهرى

طلاق السكران

حد السكر .

حد السكر هو أن يخلط فى كلامه فيأتى بما لا يعقل ، وبما لا يأتى به إذا لم يكن سكران ، وإن أتى بما يعقل خلال ذلك : لأن المجنون قد أتى بما يعقل ويتحفظ من السلطان ومن سائر المخاوف . وأما من ثقل لسانه وتخلل مخرج كلامه ، وتخللت مشيئته ، وعربد فقط إلا أنه لم يتكلم بما لا يعقل فليس هو سكران . فأنه سبحانه وتعالى بين أن السكران هو الذى لا يعلم ما يقول : فقال ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ، فمن علم ما يقول فليس بسكران . ومن خلط فأتى بما يعقل وما لا يعقل فهو سكران ؛ لأنه لا يعلم ما يقول .

طلاق السكران لا يقع

قال ابن حزم : طلاق السكران غير لازم . وكذلك من فقد عقله بغير الخمر لأنه غير مخاطب ؛ إذ ليس من ذوى الألباب فقد بين الله تعالى أن السكران لا يعلم ما يقول ، ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ، ومن أخبر الله تعالى أنه لا يدرى ما يقول فلا يحل أن يلزم شيئا من الأحكام لا طلاقاً ولا غيره لعدم توجيه الخطاب إليه ^(١) .

مناقشة

قال ابن حزم : لقد نظرنا فيما يحتاج به من خالف قولنا فوجدناهم يقولون : هو أدخل على نفسه ذهاب عقله بمصيبة الله عز وجل ؛ فقلنا : فكان ماذا ؟ ومن أين وجب إذا أدخل ذلك على نفسه أن يؤخذ بما يجنى في ذهاب عقله ؟ وهذا ما لا يوجد في قرآن ولا سنة ، ولا خلاف بينكم فيمن تردى ليقتل نفسه عاصياً لله عز وجل فسلبت نفسه إلا أنا سقط على رأسه ففسد عقله ، وفيمن حارب وأفسد الطريق فضرب في رأسه ففسد عقله أنه لا يلزمه شيء مما يلزم الأصحاء ، وهو الذي أدخل على نفسه الجنون بأعظم المعاصي ثم لا يختلفون فيمن أمسكه قوم عيارون فضبطت يداه ورجلاه وفتح فمه بكتوب وصب فيه الخمر حتى سكر إنه مؤخذ بطلاقه وهو لم يدخل على نفسه شيئاً ولا عصي ، فظهر فساد اعتراضهم . وموهوا بالأخبار التي فيها ثلاث هزل من جد ... ، وليس فيها . على سقوطها — للسكران ذكر ، ولا دليل عليه واحتجوا بالخبر الموضوع : « لا قிலولة في الطلاق » ، ولو صح هذا لكان ذلك في طلاق من طلاقه طلاق بمن يعقل ، كما يقولون في طلاق الصبي والمجنون . كما احتجوا بالخبر الكاذب « كل طلاق جائز الإطلاق المعتوه » — وهذا الخبر قد ظهر عدم حجته لعدم صحته . ثم لو صح لم يكن المحتجين به حجة ؛ لأنهم لا يجوزون طلاق من لم يبلغ ، وليس بمعتوه .

وأما السكران الذي لا يدري ما يتكلم به فهو معتوه بلا شك ؛ لأن المعتوه في اللغة هو الذي لا عقل له ، ومن لا يدري ما يتكلم به فلا عقل له ، فهو معتوه بأي وجه عام كان ، وقالوا : قد روى عن علي ، وعبد الرحمن بن بريدة الصحابة : « إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افتري وإذا افتري جلد ثمانين » ، وهذا خبر مكذوب قد نزه الله تعالى علياً وعبد الرحمن عنه ؛ لأنه لا يصح إسناده ، ولعظيم ما فيه من المناقضة ؛ لأن فيه إيجاب الحد على من هذى ، والمهاذى لاحد . والله أعلم . وإذا هذى كفر وإذا كفر قتل . ؟

وقالوا إنه بنفس السكر يجب عليه الحد فالطلاق كذلك. قلنا: هذا غير صحيح؛ فما وجب قط بالسكر حد، لكن بقصده إلى شرب ما يسكر كثيره فقط، سواء سكر أو لم يسكر. برهان ذلك: أن من سكر من أكره على شربها لحد عليه. وقالوا: هو مخاطب بالصلاة فطلاقه لازم له. وهذا، أيضاً، قول جانبه الصواب؛ فقد نص في القرآن الكريم على ما يخالف هذا القول، إذ ما ورد في النص يبين أنه غير مخاطب بالصلاة، بل هو منهي عنها حتى يدرى ما يقول. «لا تقربوا الصلاة، وأتم سكارى، حتى تعلموا ما تقولون».

وقالوا: لو كان ذلك لكان من شاء قتل عدوه، سكر فقتله، ومن يدرى أنه سكران. والرد على هذه الحجة يتلخص في أنه يلزم على قولكم هذا: وجوب القول بإقامة الحدود على المجانين؛ لأنه لو سقط عنهم الحد لكان من شاء قتل عدوه تحامق ومن يدرى أنه أحمق، لكن نقول لا يخفى السكران من المتسأكر، ولا الأحمق من المتحامق، وما يوضح صحة قولنا، يقينا، الخبر الثابت الذي رويان طريق البخاري أخبرنا عبدان وأحمد بن صالح قال عبدان: أخبرنا عبد الله بن المبارك، وقال أحمد: أخبرنا عتبة كلاهما أخبره يونس بن يزيد عن الزهري، أخبرني علي بن الحسين أن الحسين بن علي أخبره أن علياً قال في حديث طويل: فطلق رسول الله، صلى الله عليه وسلم، بلوم حمزة فيما فعل يعني إذا عقر شار في علي وهو يشرب مع قوم من الأنصار، قال علي: فإذا حمزة ثمل حمزة عناه فقال له حمزة: هل أتم إلا عبيد لابي؟ فعرف رسول الله، صلى الله عليه وسلم، أنه ثمل فسكر عليه الصلاة والسلام على عقبيه القهقري، فخرج وخرجنا معه. فهذا حمزة رضى عنه يقول وهو سكران ما لوقاله غير سكران لكفر، وقد أعاده الله من ذلك، فصح أن السكران غير مؤاخذ بما يفعل جملة. وأما من فرق فلم يلزمه الردة وألزمه غير ذلك فتناقض القول، باطل الحكم يبين لا إشكال فيه. (١)

الشريعة الإمامية

طلاق السكران

اعتبر الشيعة الإمامية السكران ضمن من لا يصح طلاقهم، ولا يجوز أن يطلق الولي عنهم. فقالوا: ويعتبر في المطلق البلوغ والعقل، ولا يطلق الولي عن السكران، وكذا المنعنى عليه وشارب المرقد كالنائم؛ لأن عذرهم متوقع الزوال. (١)

حكم القانون في طلاق المكره والسكران

نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية على الآتي.
مادة ١ - لا يقع طلاق السكران والمكره.

المذكرة التفسيرية

ونصت المذكرة التفسيرية لهذا القانون على أن المادة الأولى الخاصة بطلاق السكران والمكره قد أخذت بعدم وقوع طلاق السكران بناء على قول راجح لأحمد وقول في المذاهب الثلاثة، ورأى كثير من التابعين، وأنه لا يعرف عن الصحابة قول فيه بالوقوع. كما أخذت المادة المذكورة بعدم وقوع طلاق المكره بناء على منذهب المالكية والشافعية وأحمد وداود وكثير من الصحابة.

الطلاق بالكتابة

المذهب الحنفي

قال صاحب الدر المختار: «كتب الطلاق إن مستيناً على لوح وقع إن نوى، وقيل: مطلقاً، ولو على نحو الماء فلا، مطلقاً، ولو كتب على وجه الرسالة والخطاب كأن يكتب يا فلانة إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق طلقت

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ٨٠

بوصول الكتاب .. جوهره . وفي البحر . كتب لامرأته : كل امرأة على غيرك وغير
فلانة طالق ثم محاسن الأخيرة وبعثه . لم تطلق . وهذه حيلة عجيبة : وسيجيء
ما لو استثنى بالكتابة ، ^(١)

قال ابن عابدين في حاشيته تعليقاً على ما ذكر : (قال في الهديّة : الكتابة
على نوعين : مرسومة وغير مرسومة . ونعني بالمرسومة أن يكون مصدر أو معنواً
مثل ما يكتب إلى الغائب . وغير المرسومة ألا يكون مصدر أو معنواً وهو
على وجهين : مستتينة وغير مستتينة : فالمستتينة ما يكتب على الصحيفة والحائط
والأرض على وجه يمكن فهمه وقراءته . وغير المستتينة ما يكتب على الهواء
والماء وشيء لا يمكن فهمه وقراءته ؛ ففي غير المستتينة لا يقع الطلاق وإن
نوى . وإن كانت مستتينة لكنها غير مرسومة . إن نوى الطلاق يقع ، وإلا لا .
وإن كانت مرسومة ، يقع الطلاق نوى أو لم ينو ، ثم المرسومة لا تخلو إما
أن أرسل الطلاق بأن كتب : أما بعد فأنت طالق ، فكما كتب هذا ، يقع الطلاق
وتلزمها العدة من وقت الكتابة . وإن علق طلاقها بمجيء الكتاب بأن كتب
إذا جاءك كتابي فأنت طالق ، فجاءها الكتاب . فقرأته أو لم تقرأ . يقع الطلاق :
كذا في الخلاصة ، . ^(٢)

ولتوضيح ما سبق أقول :

الكتابة إما أن تكون مستتينة أي مرقومة واضحة ، كالكتابة على الورق
أو على الجدار ، متى كانت رقماً يقرأ ، وإما ألا تكون كذلك ، مثل الكتابة على
الماء أو في الهواء .

والكتابة المستتينة إما أن تكون مرسومة ، أي معنونة وموجمة على
نحو ما توجه الرسائل ، وإما ألا تكون كذلك ... فالكتابة غير المستتينة
لا يقع بها الطلاق مطلقاً ، سواء نوى الطلاق أو لم ينو .

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج ٢ ص ٤٦٤

(٢) رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج ٢ ص ٤٦٤ لابن عابدين .

والكتابة المستينة المرسومة يقع بها الطلاق مطلقاً : نوى أو لم ينو .
فإذا ادعى الكاتب أنه كتب ذلك يجرب به القلم مثلاً ، فإنه لا يصدق في القضاء
وإن كان يصدق ديانة .

أما المستينة غير المرسومة فمثل أن يكتب على ورقة أو جدار عبارة
الطلاق مقروءة واضحة ، كأن يكتب « فلانة زوجتي طالق » فمثل هذا يحتمل
أن يكون المراد به إنشاء الطلاق ، ويحتمل أن يكون الغرض منه شيئاً آخر ،
كسجدة القلم ، أو الترن على الكتابة . كما يجوز ألا يكون هناك غرض أصلاً .
فلا يقع الطلاق حينئذ إلا إذا نوى . وفي الكتابة المرسومة إن لم يقيد الطلاق
بوقت فإنه يقع من وقت الكتابة كأن يكتب إلى امرأته يقول لها : أما بعد ؛
« فانت طالق » .

وإذا قيد الطلاق بأن علقه على وصول الكتاب إليها ؛ فإنه يقع الطلاق ،
عند وصول الكتاب ، ولو لم تقرأه حينئذ . فإذا وصل الكتاب إلى أبيها في
بلدها فقرأه ولم يسلمه إليها فلا يقع الطلاق ؛ لأنه لم يصل إليها . لكن قال
الفقهاء : إذا كان أبوها متصرفاً في جميع أمورها ، فإنه يقع الطلاق بتسليمه
الكتاب . والوجه في هذا الرأي ظاهر (١) . وإذا كتب الطلاق واستثنى
بلسانه أو طلق بلسانه . واستثنى بالكتابة قال ابن عابدين : لا رواية لهذه المسألة .
ويبقى أن يصح . كذا في الظهيرية (٢)

٢ - المذهب المالكي

الطلاق بطريق الكتابة

قال المالكية : لو قال الزوج لرسول إذهب وبلغ زوجتي أنى طلقته ،
أو أخبرها بطلاقها ، فإنه يقع الطلاق بمجرد قوله للرسول ، ولو لم يصل إليها .
ولو كتب لزوجته ، أو لولائها ، بالطلاق ، نائياً وعازماً على الطلاق ، حين كتب

فيقع الطلاق بمجرد فراغه من كتابة هي طالق، وإن لم يتم الكتاب، ولو لم يرسله، ولم يخرج من عنده. كما يقع الطلاق إذا لم يكتب هي طالق، بل كتب: إذا جاءك كتاب هذا فأنت طالق. وقد علل لذلك العلامة الدسوقي فقال: وهذا بناء على أن (إذا) مجرد الظرفية فينجز الطلاق من أجل الطلاق بمستقبل. وإذا كتب لها: إذا وصلك كتابي هذا فأنت طالق، ففي توقف وقوع الطلاق على وصول الخطاب لها خلاف، وقوى القول بتوقفه على الوصول لتضمن (إذا) معنى الشرط فصار كما إذا قال لها: إن وصلك كتابي هذا فأنت طالق حيث يوقف الطلاق على وصول الكتاب^(١)

وعند ابن رشد: إذا كتب الكتاب على أن يستشير فيه فإن رأى أن ينفذه أقضه، وإن رأى ألا ينفذه لم ينفذه أو كتبه متردداً يقع الطلاق بمجرد اخراجه عازماً، أو لانية له، وإن لم يصل؛ لأن ابن رشد يرى أنه في هذه الحالة يعتبر كالعازم. وخالفه اللخمي في ذلك. هذا. إذا لم يصل مكتوب الزوج الذي كتبه بالطلاق مستشيراً ومتردداً إلى الزوجة. أما إذا وصل لها أو لولها ولو بغير اختياره يقع الطلاق سواء كتبه بالطلاق وهو عازم على الطلاق بكتابه أو كتبه لاعازماً بل متردداً أو مستشيراً ولم يخرجها وأخرجها. وأما إذا كان حين الكتابة لانية له أصلاً فعند ابن رشد يلزمه الطلاق لحله على العزم واعتبار أنه قوى سواء أخرجها عازماً أو متردداً أو مستشيراً أو لانية له، أو لم يخرجها وصل إليها أو لا^(٢).

قال مولانا سيدى أحمد الدردير في شرحه الكبير: وفتحصل أنه إما أن يكتبه عازماً أو متردداً أو لانية له. وفي كل إما أن يخرجها كذلك أو لا يخرجها

(١) حاشية الدسوقي على الفرح الكبير ج ٢ ص ٣٨٤

(٢) المصدر السابق.

وفي هذه الاثنى عشرة صورة إما أن يصل أولاً ، يقع الطلاق بمجرد كتابته ، إن عزم أولانية له ، ويأخرجه (١) كذلك في المتردد وصل أو لم يصل . وأما إن كتبه مترددا ولم يخرججه أو أخرجه كذلك فإن وصلها حنث ، وإلا فلا . فعدم الحنث في صورتين فقط ، (٢) .

٣ - المذهب الشافعي

الطلاق بالكتابة

قال صاحب المنهاج : « فإن كتب إذا بلغك كتابي ، فأنث طالق . فإنما تطلق بيلوغه وإن كتب : إذا قرأت كتابي ، وهي قارئة ، فقراته ، طلقت ، وإن قرىء عليها فلا ، في الأصح . وإن لم تكن قارئة فقرىء عليها ، طلقت ، (٣) »

كتاب الزوج يده كتابا بالطلاق

شرح صاحب المغني ما تقدم (٤) فقال : « إذا كتب شخص في كتاب طلاق زوجته ، صريحا أو كتابة ، كما في الروضة وأصلها ، ونوى وعلق الطلاق بيلوغ الكتاب ، كقوله : إذا بلغك كتابي أو وصل إليك أو أتاك فأنث طالق فإنما تطلق بيلوغه لها مكتوبا كله ، مراعاة للشرط ، فإن أتمحى كله قبل وصوله لم تطلق ، كما لو ضاع ولو بقي أثره بعد المحو ، وأمكن قراءته طلقت . ولو ذهب سوابقه ولو أحقه كالبسملة والحمدلة وبقيت مقاصده وقع ، بخلاف ما لو ذهب موضع الطلاق أو أتمحى لأنه لم يبلغها جميع الكتاب ، ولا ما هو المقصود الأصلي منه . »

كتابة الأجنبية مكتوبا بالطلاق

قال صاحب المغني (٥) : « أمر الزوج أجنبية ، فكتب ، لم تطلق ، وإن نوى

(١ ، ٢) الشرح الكبير لبيد أحمد الفردير ج ٢ من ٣٧٤ وحاشية الدسوقي عليه (قوله ويأخرجه كذلك) أي عازما أولانية له وقوله (في المتردد) أي فيها إذا كتبه مترددا .
• • • • • معنى المحتاج إلى معرفة معنى ألفاظ المنهاج .

الزوج كما لو أمر أجنبيا أن يقول لزوجته : « أنت بائن » ونوى الزوج كما جزم ما به ، خلافا للصيمرى فى قوله : إنه لا فرق بين أن يكتب بيده وبين أن يملأ على غيره .

لو كتب الزوج كناية من كنايات الطلاق

لو كتب الزوج فى مكتوبه كناية من كنايات الطلاق كأن يكتب « زوجتى بائن » فإن الطلاق لا يقع سواء نوى الزوج الطلاق أو لم ينو ، لأن الكتابة كناية فلا تصح بكناية ؛ إذ لا يكون للكناية كناية ، كذا قاله بعض الشراح . وقد اعترض على ذلك صاحب مغنى المحتاج فقال : وهو مردود بما تقدم عن الروضة وأصلها (١) .

تعليق الطلاق بقراءة الكتاب

وأوضح من قول صاحب المنهاج أن الزوج لو كتب لزوجته : إذا قرأت كتابى هذا فأنت طالق ؛ فإن كانت قارئة فلا تطلق إلا إذا قرأت الكتاب بنفسها . وهذا هو رأى الأصح فى المذهب ؛ لعدم قراءتها مع الإمكان . وهناك رأى آخر فى المذهب أنها تطلق إذا قرأ عليها الكتاب ؛ لأن المقصود اطلاعها على ما فى الكتاب وقد وجد . أما إذا لم تكن قارئة والزوج يعلم ذلك فقرأ عليها طلق ؛ لأن القراءة فى حق الأمى محمولة على الإطلاع على ما فى الكتاب وقد وجد ، بخلاف القارئة ، أما إذا لم يعلم الزوج حالها ، فإنها لا تطلق على الأقرب ، كما هو وارد فى الروضة وأصلها (٢) .

(١) معنى المحتاج إلى معرفة معنى ألفاظ المنهاج الشيخ محمد الميرزى الخطيب ج ٣ ص ٢٨٤ - ٢٨٥ .
(٢) معنى المحتاج إلى معرفة معنى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٥٨ الشيخ محمد الميرزى الخطيب .

٤ - المذهب الحنبلي

وقوع الطلاق بالإشارة والكتابة

قال الحنابلة : لا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا في موضعين :
(أحدهما) : من لا يقدر على الكلام كالآخرس إذا طلق بالإشارة
طلقت زوجته ؛ لأنه طريق إلى الطلاق بالإشارة فقامت إشارته مقام
الكلام من غير نية كالنكاح . فأما القادر على الكلام فلا يصح طلاقه
بالإشارة كما لا يصح نكاحه بها ، فإن أشار الآخرس بأصابعه الثلاثة
إلى الطلاق طلقت ثلاثاً ؛ لأن إشارته جرت مجرى نطق غيره .

ولو قال الناطق أنت طالق هكذا ، وأشار بأصابعه الثلاثة طلقت ثلاثاً ؛
لأن قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالأصابع في العدد ، وذلك يصلح بيناً ، كما
قال النبي صلى الله عليه وسلم : «الشهر هكذا وهكذا»^(١) وأشار بيده مرة ثلاثين
ومرة تسعاً وعشرين .

وثانيهما : إذا كتب الطلاق ، وفي ذلك حالتان :
الأولى : أن يكتب وينوي الطلاق ، فإن نواه طلقت زوجته .
واستدل الحنابلة لذلك قائلين : إن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق ، فإذا
أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ ، ولأن الكتابة تقوم مقام قول
الكاتب بدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم ، كان مأموراً بإبتيغ رسالته فحصل
ذلك في حق البعض بالقول ، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف ،
ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون ، والحقوق .

الثانية : أن يكتب الطلاق من غير نية . وفي هذه الحالة قال

(١) المتى لابن قدامة الحنبلي ٨ ص ٤١٢ ، ٤١٣ . والفرج الكبير على هامشه ص ٤١٨ .

أبو الخطاب : قد خرجها القاضي الشريف في الإرشاد على روايتين :

أحدهما : يقع الطلاق واستدل لهذا الرأي بما استدل به سابقا أصحاب
من قالوا بوقوع الطلاق إذا كتبه ونواه .

الثانية : لا يقع الطلاق إلا بنية ؛ لأن الكتابة محتملة لإرادة وقوع
الطلاق أو أنه كتب بقصد تجربة القلم ، وتجويد الخط ؛ وغم الأهل ، فيحتاج
إلى النية ليقع . أما بدون نية فلا يقع ككتابات الطلاق . فإن نوى
بكتابة لفظ الطلاق أن يجرّد خطه ، أو يجرّب قلبه لم يقع الطلاق ؛ لأنه
لو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع فالكاتب أولى . وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه
وبين الله تعالى ، ويقبل ، أيضا ، في الحكم في أصح الوجهين ؛ لأنه يقبل ذلك
في اللفظ الصريح في أحد الوجهين ، فهنا ، مع أنه ليس بلفظ ؛ أولى .

وإذا قال : نويت غم أهلي فالرأي الظاهر أنه يقع الطلاق ؛ لقول الرسول ،
صلى الله عليه وسلم : « إن الله عفا لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو
تعمل به » ، وبوقوع الطلاق قد غم أهله فيجتمع الأمران : وقوع الطلاق ،
وغم أهله . وقيل : لا يقع الطلاق ؛ لأنه أراد غم أهله بنوم الطلاق دون
حقيقته ، فلا يكون ناويا للطلاق . والخبر إنما يدل على مؤاخذته بما
نواه عند العمل به أو الكلام . وهذا لم ينو طلاقا فلا يؤخذ به (١) .

الكتابة غير المستينة .

قال صاحب المغنى : إذا كتب الرجل لفظ الطلاق كتابة لا تبين كأن
كتبه باصبعه على وسادة ، أو في الهواء ، فظاهر كلام أحمد أن الطلاق لا يقع ،
وقال أبو حفص العكبري : يقع ؛ لأنه كتب حروف الطلاق ، فأشبهه ما لو كتبه

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٤١٣ . والفرح ذات الجزء ص ٤١٨ .

بشيء يبين. والاول أولى ؛ لأن الكتابة التي لاتبين كالحمس بالقلم ، لا يبين ،
وتم لا يقع ؛ فهنا أولى^(١) .

الطلاق بواسطة كتاب يرسله لزوجته

إذا كتب لزوجته : أنت طالق ، ثم استمد فكاتب : إذا أناك كتابي هذا ،
أو علقه بشرط أو استثناء فلا يخلو الأمر ، إما أن يكون حال كتابته للطلاق
مريداً للشرط ، أو ينوى الطلاق في الحال غير معلق للشرط ، أو لا ينوى
شيئاً .

الحالة الأولى : إذا كان في حال كتابته للطلاق مريداً للشرط ، لم يقع
طلاقه في الحال ؛ لأنه لم ينو الطلاق في الحال بل نواه في وقت آخر .
الحالة الثانية : إذا كان حال كتابته للطلاق ناوياً للطلاق في الحال غير
معلق بشرط طلقت للحال .

الحالة الثالثة : أما إذا لم ينو شيئاً ، فعلى الرأى القائل بأن المطلق يقع به
الطلاق ينظر في الأمر ؛ فإن كان استعداداً لحاجة أو عادة لم يقع الطلاق
قبل وجود الشرط ؛ لأنه لو قال : أنت طالق ، ثم أدركه النفس ، أو شيء ، يسكته
فسكت لذلك ، ثم أتى بشرط تعلق به ، فالكتابة كذلك من باب أولى ، وإن
استمد لغير حاجة . ولا عادة ، وقع الطلاق ، كما لو سكت بعد قوله : أنت
طالق ، لغير حاجة ، ثم ذكر شرطاً . وإن قال إني كتبت مريداً للشرط فقياس
قول الحنابلة أنها لا تطلق قبل الشرط إلا أنه يدين ؛ أما قضاء ففي ذلك
وجهان ، بناء على قولهم فيمن قال أنت طالق ، ثم قال : أردت تعليقه على شرط .

تعليق الطلاق على وصول المکتوب

قال الحنابلة : لو كتب الرجل إلى امرأته ، أما بعد فأنت طالق ، طلقت في الحال سواء وصل إليها الكتاب أو لم يصل ، وعدتها تبدأ من حين كتبه . وإن كتب إليها : « إذا وصلك كتابي فأنت طالق » ، فأناها الكتاب طلقت عند وصوله إليها . وإن ضاع ولم يصلها لم تطلق ؛ لأن الشرط وصوله . وإن ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الكاغذ لم تطلق ؛ لأنه ليس بكتاب . وكذلك إن انطمس ما فيه بقرق أو غيره ؛ لأن الكتاب عبارة عما فيه الكتابة . وإن ذهبت حواشيه أو تحرق منه شيء لا يخرج عنه كتاباً أو وصل باقيه طلقت ، لأن الباقي كتاب وإن تحرق بعض ما فيه الكتابة سوى ما فيه ذكر الطلاق فوصل طلقت ؛ لأن الاسم باق فينصرف الاسم إليه . وإن تحرق ما فيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق ؛ لأن المقصود ذاهب^(١) .

إثبات الطلاق بالكتاب

قال الحنابلة : لا يثبت الطلاق بالكتاب إلا بشاهدين ، عدلين ، أن هذا كتابه ، قال أحمد في رواية حرب في امرأة أنها كتاب زوجها بخطه وغامته بالطلاق : لا تزوج حتى يشهد عندها شهود عدول : قيل له : فإن شهد حامل الكتاب ؟ قال : لا ، إلا شاهدان ، فلم يقبل . قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره ؛ لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ككتاب القاضي ، وظاهر كلام أحمد أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديهما ، وإن لم يشهدا به عند الحاكم ؛ لأن أثره في حقها في العدة وجواز التزوج بعد انقضائها ، وهذا معنى يختص به ، لا يثبت به حق على الغير ، فاكفى فيه بسماعهما للشهادة

(١) المنى لابن قدامة المغنل ج ٨ ص ٤١٤ ، ٤١٥ — والفرح الكبير ذات

ولو شهد شاهدان أنه هذا خط فلان لم يقبل ؛ لأن الخط يشبه به ، ولهذا لم يقبله المحاكم . ولو اكتفى بمعرفة الخط لاكتفى بمعرفة له من غير شهادة .

رواية أخرى :

ذكر القاضي : أنه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة ، قال صاحب المفتى : والصحيح أن هذا ليس بشرط ، فإن كتاب القاضي لا يشترط فيه ذلك ، فهذا أولى . وقد يكون صاحب الكتاب لا يعرف الكتابة . وإنما يستنبط فيها ، وقد يستنبط فيها من يعرفها ، بل متى أناها بكتاب وقرأه عليها وقال : « هذا كتابي » كان لها أن يشهدا به .^(١)

الظاهرية

أوضحنا فيما سبق رأى الظاهرية فيمن كتب إلى امرأته بالطلاق وقلنا : إنهم يقولون بعدم وقوع الطلاق . وقد استدلوا لذلك بقول الله تعالى : « الطلاق مرتان » ، وبقوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » .

وجه الاستدلال :

قال الظاهرية إن اللغة التي غاطبنا الله تعالى بها ورسوله ، صلى الله عليه وسلم ، لا يقع فيها اسم تطليق على أن يكتب ، وإنما يقع ذلك على اللفظ به ، فصح أن الكتاب ليس طلاقا حتى يلفظ به إذ لم يوجب ذلك نص .

طلاق من لا يحسن اللغة العربية

يرى الظاهرية أن من لا يحسن التكلم باللغة العربية ، فله - إذا أراد أن يطلق زوجته أن يطلقها باللفظ الذي يحسن النطق به بشرط أن يترجم هذا اللفظ في العربية بالطلاق .

طلاق الأبكم والمريض

ويرى الظاهرية أيضا ، أن الأبكم والمريض أن يطلقا بما يقدرنا عليه من الصوت ، أو الإشارة التي يوقن بها من سماعها قطعاً أنها أرادا الطلاق ؛ لأن ما ليس في وسع المرء ولا يستطيعه يسقط عنه ، وعلى الإنسان أن يؤدي بما أمر به ما استطاع فقط ، قال الله تعالى : « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها ، وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ، ^(١) »

الشيعة الإمامية

في حدود ما لدى من مصادر فقهية لفقه الشيعة الإمامية وجدت أن رأيهم لا يختلف عن رأى الظاهرية في وجوب التلفظ بلفظ الطلاق من يستطيع النطق به - وقد نصوا على أن الطلاق « بالكتب » (بفتح الكاف) لا بعم ، سواء كان الكاتب حاضراً أو غائبا ، على أشهر القولين في المذهب ^(٢) .

طلاق الغضبان

المذهب الحنفي

تكلم فقهاء الأحناف في شرط القصد إلى الطلاق ، كما أوضحوا الحالات التي لا يقع فيها الطلاق وإن تلفظ به من يملكه ، ومن الحالات التي ذكروها طلاق المدهوش ، وقالوا : إن المدهوش هو الذي اعترته حالة انفعال لا يدري فيها ما يقول ويفعل ، أو يصل به الانفعال إلى درجة

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٨٠ ، مسألة ١٩٦ ر ١٩٧ ومسألة رقم ١٩٦٠ ر ١٩٦١

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة المحشقة للشهيد السعيد زين الدين الجبلي العالم ج ٢ ص ١٤٧

(٣) رد المحتار على الدر المختار ج ٢ ص ٤٦٣ .

تغلب معها الخلل والاضطراب في أقواله وأفعاله وذلك بسبب شدة الخوف أو الحزن أو الغضب . وألحق بهذه الحالة ما مائلها من حالات الاضطراب في الأقوال والأفعال وذلك بسبب الكبر أو المرض ^(٤) . أما الغضبان فقد رجح ابن عابدين عدم وقوع طلاقه في حالتين هما :

الحالة الأولى : أن يبلغ بالطلاق الغضب نهايته ، فلا يدري ما يقول ولا يقصده . وقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا طلاق في إغلاق » ، وقد فسر بعض العلماء الإغلاق بأن يغلق على الشخص باب الإرادة والقصد ، ويسد عليه طريق الوعي ؛ فيكون معنى الحديث واضحاً في أنه لا طلاق لمن أغلق عليه باب الإرادة والقصد ، لانفعال شديد ، وذلك بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب .

الحالة الثانية : ألا يبلغ به الغضب هذه الغاية ، ولكنه يصل به إلى حالة الهذيان ؛ فيغلب الخلل والاضطراب في أقواله وأفعاله .

أما إذا كان الغضب أخف من ذلك ، وكان يحول دون إدراك ما يصدر منه ولا يوجب خللاً في أقواله وأفعاله فإن الطلاق فيه يقع من غير شبهة .

وجهة نظر ابن عابدين

قال ابن عابدين : للحافظ ابن القيم الحنبلي رسالة في طلاق الغضبان قال فيها : إنه على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يحصل له مبادئ الغضب بحيث لا يتغير عقله ويعلم ما يقول ويقصده وهذا لا إشكال فيه .

(الثاني) أن يبلغ النهاية فلا يعلم ما يقول ولا يريد . فهذا لا ريب أنه لا يتقد شيء من أقواله .

(الثالث) من توسط بين المرتبتين بحيث لم يهرس كالمجنون فهم داخل النظر والأدلة تدل على عدم نفوذ أقواله اهـ ملخصاً من شرح الغاية الحنبلية لكن

أشار في الغاية إلى مخالفته في الثالث حيث قال: ويقع طلاق من غضب خلافا لابن القيم اه. وهذا الموافق عندنا : لما مر في المدهوش لكن يرد عليه أنا لم نعتبر أقوال المعتوه مع أنه لا يلزم فيه أن يصل إلى حالة لا يعلم فيها مايقول ولا يريد. وقد يجاب بأن المعتوه لما كان مستمرا على حالة واحدة يمكن ضبطها أعتبرت فيه واكتفى فيه بمجرد نقص العقل ، بخلاف الغضب فإنه عارض في بعض الأحوال . لكن يرد عليه الدهش فإنه كذلك . والذي يظهر لي : أن كلام المدهوش والنضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم مايقول ، بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل كما هو المفتى به في السكران على ما مر . ولا ينافيه تعريف الدهش بذهاب العقل : فإن الجنون فنون ولذا فسر في البحر باختلال العقل . وأدخل فيه العته والبرسام والإغماء والدهش ، ويؤيد ما قلنا قول بعضهم : العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا ناداره ، والمجنون ضده . وأيضا فإن بعض المجانين يعرف مايقول ويريد ويذكر مايشهد الجاهل به بأنه عاقل ، ثم يظهر منه في مجلسه ما ينافيه فإذا كان المجنون حقيقة قد يعرف مايقول ويقصده ، فغيره بالأولى . فالذي ينبغي التعويل عليه في الدهش ونحوه هو إناطة الحكم بغلبة الخلل في أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته . وكذلك يقال فيمن اختل عقله بكدر أو طرش أو لمصيبة فاجأته ، فبادام في حال غلبة الخلل في الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله ، وإن كان يعلمها ويريدها لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصرها عن إدراك صحيح كما لا تعتبر من الصبي العاقل^(١) .

المذهب المالكي

طلاق الغضبان :

قال المالكية : إن المريض الذي يهذى أى كلام لا معنى له إذا تكلم

بالمهذبان فطلاق زوجته في حال هذيانه فلما أفاق أنكسر أن يكون وقع منه شيء .
لا يقع طلاقه . وأطلق بعض المالكية الحكم في هذه الحالة . وبعضهم قيد
الحكم بما إذا لم تشهد بيعة على صحة عقله لقرينة . أما الغضبان فنص العلامة
«الدسوقي» في حاشيته على الشرح الكبير على أن طلاقه يقع ولو اشتد غضبه
وقال : إن هذا القول ذكره السيد البليدي في حاشيته (١) .

المذهب الشافعي

لم أجد للشافعية نصاً صريحاً يمنع من وقوع طلاق الغضبان ؛ ف عبارات
كتبهم لم تنص إلا على طلاق الصبي ، والمجنون ، والثائم ، والمكره بغير حق ؛
فأبانت أن طلاق هؤلاء لا يقع . وذكر فقهاء المذهب أن المغنى عليه والسكران
غير المتعدى والمبرسم (وهو من أصابه البرسام وهو وجع في الرأس يفسد
العقل) والمعتوه ؛ وهو الناقص العقل عن خيل لاعتد عدم معرفة
وتصرف ... هؤلاء يلحقون بالمجنون في حكم الطلاق ، بمعنى أن طلاقهم
لا يقع ، كما لا يقع طلاق المجنون . ولم أعثر على نص يفيد عدم وقوع طلاق
الغضبان . ومفاد ذلك أن الشافعية كما ، يظهر لى ، يحكمون بوقوع طلاق
الغضبان ، كما هو الرأى المعتمد عند المالكية (٢) .

المذهب الحنبلي

غضب الرجل على امرأته

صور الفقيه الحنبلي ابن قيم الجوزية في رسالته : «إغاثة اللهيان في حكم
طلاق الغضبان ، الحالات التي يمكن أن تؤدي إلى غضب الزوج على امرأته

(١) حاشية الدسوقي على المرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٦ — والشرح الكبير على مختصر
خليل ج ٢ ص ٣٦٦ .

(٢) حاشية الشيخ إبراهيم الجوزي على شرح ابن قاسم القرطبي على من أبي إصباح ج ٢
١٩٩ — ومنى المحتاج : ص ١٩٩ ، أفاضل المنهاج ج ٣ ص ٢٧٩ .

وأن ينتج عنها تلفظه بالطلاق، وبين حكم كل حالة فقال : إنها ثلاث صور :

الصورة الأولى :

أن يبلغه عن امرأته أمر ، يشتد غضبه لأجله ويظن أنه حق فيطلقها لأجله ، ثم يتبين أنها بريئة منه ، فهذا في وقوع الطلاق به وجهان : أحدهما أنه لا يقع طلاقه ؛ لأنه إنما طلقها لهذا السبب ، والعلة ، والسبب ، كالشرط فكانه قال : إذا كانت فعلت كذا فهي طالق ، فإذا لم تفعله لم يوجد الشرط . وقد ذكر المسألة بعينها أبو الوفاء ابن عقيل ، وذكر الشريف بن أبي موسى في إرشاده : فيما إذا قال : وأنت طالق ؛ أن دخلت الدار ، يفتح همزة أن مراراً ، وهو يعرف العربية ، ثم تبين أنها لم تدخل ، لم تطلق ، ولا يقال : هوها هنا قد صرح بالتعليل بخلاف ما إذا لم يصرح به فإن هذا لا تأثير له ، فإنه قد أوقع الطلاق لعلة ، فإذا انتفت العلة تبين أنه لم يكن مريداً لوقوعه بدونها ، سواء صرح بالعلة أو لم يصرح بها . وغاية الأمر أن تكون العلة بمنزلة الشرط ، وهو لو قال : «أنت طالق» ، وقال : أردت إن فعلت كذا وكذا دين فيما بينه وبين الله تعالى .

وقد ذكر أصحاب الشافعي وأحمد فيما إذا كاتب عبده على عوض فأداه إليه ، فقال : «أنت حر» ، ثم تبين أن العوض غير مستحق ؛ لم يعتق مع تصريحه بالحرية ، فالطلاق أولى بعدم الوقوع في هذه الصورة .

الصورة الثانية :

أن يكون قد غضب عليها الأمر قد علم وقوعه منها ، فتكلم بكلمة الطلاق ، قاصداً الطلاق ، علماً بما يقوله ، عقوبة لها على ذلك ؛ فهذا يقع طلاقه ؛ إذ لو لم يقع هذا الطلاق لم يقع أكثر الطلاق ، فإنه غالباً لا يقع مع الرضا .

الصورة الثالثة :

ألا يقصد أمراً بعينه ولكن الغضب حمله على ذلك ، وغير عقله ومنعه

كمال التصور والقصد ، فكان بمنزلة الذي فيه نوع من السكر والمجنون ، فليس هو غائب العقل ، بحيث لا يفهم ما يقول بالكلية ، ولا هو حاضر العقل بحيث يكون قصده معتبرا فهذا لا يقع به الطلاق أيضا كما لا يقع بالمبرسم والمجنون . وقد قسم ابن تيمية الغضب إلى ثلاثة أقسام فقال :

أحدها : أن يحصل للإنسان مبادئه وأوائله ، بحيث لا يتغير ، عليه عقله ولا ذهنه ويعلم ما يقول ويقصده ، فهذا لا إشكال في وقوع طلاقه وعتقه ووضحة عقوده ، ولا سيما إذا وقع منه ذلك بعد تردد وفكر .

القسم الثاني :

أن يبلغ به الغضب نهايته بحيث يتغلق عليه باب العلم والإرادة ، فلا يعلم ما يقول ولا يريد ، فهذا لا يتوجه خلاف في عدم وقوع طلاقه كما تقدم ، والغضب غول العقل ، فإذا إغتنال الغضب عقله حتى لم يعلم ما يقول فلا ريب أنه لا يتفقد شيء من أقواله في هذه الحالة فإن أقوال المكلف إنما تنفذ مع علم القائل بصورها منه ومعناها وإرادته للتكلم بها (فالأول) يخرج النائم والمجنون والمبرسم والسكران وهذا الغضب . (والثاني) يخرج من تكلم باللفظ وهو لا يعلم معناه البتة ، فإنه لا يلزم مقتضاه . (والثالث) يخرج من تكلم به مكرها وإن كان عالما بمعناه .

القسم الثالث :

من توسط في الغضب بين المرتبتين فتعدى مبادئه ، ولم ينته إلى آخره بحيث صار كالمجنون ، فهذا موضع الخلاف ومحل النظر ، والأدلة الشرعية تدل على عدم نفوذ طلاقه وعتقه وعقوده التي تعتبر فيها الاختيار والرضا ، وهو فرع من الإغلاق كما فسره به الأئمة . واستدل لذلك ابن القيم بالكتاب والسنة (١) وآثار الصحابة ، والمعقول وكليات الشريعة .

(١) رسالة ابن قيم الجوزية ، إغاثة اللهفان في حكم طلاق النسيان من ١٦ ، ١٧ .

الأدلة

الكتاب

أما الكتاب فمن وجوه أحدها قوله تعالى : لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم .
وجه الاستدلال :

قال ابن جرير في تفسيره : حدثنا ابن وكيع حدثنا مالك بن اسماعيل عن خالد بن عطاء بن رستم عن ابن عباس قال : لغو اليمين : أن تحلف وأنت غضبان ، كما روى عن عطاء عن طاووس قال : كل يمين حلف عليها رجل وهو غضبان فلا كفارة عليه ، فيها : لقوله تعالى : لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، وقد ذهب القاضي اسماعيل ابن اسحاق وأحد أعلام المالكية ، إلى أن الغضبان لا يتعقد يمينه .

٢ - قوله تعالى : ولو يعجل الله للناس الشر استعجلهم بالخير لقضى إليهم أجلهم ، فنذر الذين لا يرجون لقاءنا في طغيانهم يعمهون .

وجه الاستدلال

قال ابن قيم الجوزية : في تفسير ابن أبي نجيح عن مجاهد : هو قول الإنسان لولده وماله إذا غضب عليهم : والله لا تبارك فيه والعنة ، فلو يعجل لهم الاستجابة في ذلك كما يستجاب في الخير لأهلكهم ... اتهمض الغضب مانعا من انعقاد سبب الدماء ، الذي تأثيره في الإجابة أسرع من تأثير الأسباب في أحكامها ؛ فإن الله سبحانه وتعالى يجيب دعاء الصبي والسفيه والمرسم عن لا يصح طلاقه ولا عقوده ، فإذا كان الغضب قد منع كون (١) الدماء سببا ؛ لأن الغضبان لم يقصده بقلبه ، فإن عاقلا لم يختار إهلاك نفسه وأهله ، وذهاب ماله وقطع يده ورجله ، وغير ذلك بما يدعو به ، فاقضت

رحمة العزيز العليم ألا يؤاخذ به ، ولا يجيب دعاءه لأنه عن غير قصد منه ، بل الحامل له عابه الغضب الذي هو من الشيطان .

اعتراض والرد عليه

قال ابن القيم فإن قيل : إن هذا ينتقض عليكم بالحديث الذي رواه أبو داود عن جابر عن النبي ، صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : « لا تدعوا على أولادكم ، ولا على أموالكم ، ولا تدعوا على خدمكم . ولا توافقوا من الله ساعة لا يسأل فيها شيئا إلا أعطاه ، ... قبل لا تنافي بين الآية والحديث ؛ فإن الآية اقتضت الفرق بين دعاء المختار ودعاء الغضبان ، الذي لا يختار ما دعا به ، والحديث دل على أن الله ، سبحانه وتعالى ، أوفانا لا يرد فيها داعيا ، ولا يسأل فيها شيئا إلا أعطاه ، قبحي الأمة ... أن يدعو أحدهم على نفسه أو أهله أو ماله ؛ خشية أن يوافق تلك الساعة ، فيجاب له . والإنسان يدعو على غيره ظلما وعدوانا ومع ذلك فقد يستجاب له ، ولكن إجابة دعاء الخير من صفة الرحمة وإجابة ضده من صفة الغضب ، والرحمة ، تغلب الغضب . والمقصود أن الغضب مؤثر في عدم انعقاد السبب في الجملة . ومن هذا قوله تعالى : « ويدعو الإنسان بالشر دعاءه بالخير وكان الإنسان عجولا ، وهو الرجل يدعو على نفسه وأهله بالشر في حال الغضب .

٣ — قوله تعالى : « ولما رجع موسى إلى قومه غضبان أسفا ، قال : بشما خلفتموني من بعدي ، أعجلتم أمر ربكم ؟ وألقى الألواح وأخذ برأس أخيه يجره إليه ، قال ابن أم إن القوم استضعفوني ، وكادوا يقتلوني ، فلا تشمت بي الأعداء ، ولا تجمعن مع القوم الظالمين) .
وجه الاستدلال :

وجه الاستدلال بالآية : أن موسى ، صلوات الله عليه وسلامه ، لم يكن ليلقي ألواحا كتبها الله تعالى ... فيها كلامه ، من على رأسه إلى الأرض ، فيكسرها اختيارا منه لذلك ، ولا كان فيه مصلحة لبني اسرائيل ، ولذلك جره بلحيته ورأسه وهو أخوه . وإنما دل على ذلك الغضب فمذره الله ، سبحانه وتعالى ، به

ولم يعتب عليه بما فعل ؛ إذ كان مصدره الغضب الخارج عن قدرة العبد واختياره ،
فالتولد عنه غير منسوب الى اختياره ورضاه به .

٤ — قوله تعالى « ولما سكنت عن مومي الغضب أخذ الألواح » .

وجه الاستدلال

عدل ، سبحانه وتعالى ، عن قوله : سكن الى قوله : « سكنت » ، تنزيلا للغضب
منزلة السلطان الأمر الناهي ، الذي يقول لصاحبه : افعل ... ولا تفعل ؛
فهو يستجيب لداعي الغضب الناطق فيه ، للتسليم على لسانه ، فهو أولى بأن
يعذر من المكره الذي لم يسلط عليه غضب يأمره وينهاه .. كما سيأتي تقريره
بعد هذا ان شاء الله . وإذا كان الغضب هو الناطق على لسانه الأمر
الناهي له لم يكن ما جرى على لسانه في هذه الحال ، منسوباً الى اختياره
ورضاه فلا يتم عليه أثره .

٥ — قوله تعالى « وإما يترغبك من الشيطان نزع فاستمذ بالله » .

وجه الاستدلال

ما يتكلم به الغضب في حال شدة غضبه من طلاق أو شتم ونحوه هو
من نزغات الشيطان ، فإنه يلجئه الى أن يقول ما لم يكن مختاراً لقوله ؛ فإذا
سرى عنه علم أن ذلك من إلقاء الشيطان على لسانه عالم يكن يرضاه ويختاره ،
والغضب من الشيطان ، وأثره منه ؛ كما في الصحيح أن زجلين استباعد النبي ،
صلى الله عليه وسلم ، حتى احمر وجه أحدهما وانتفخت أوداجه ؛ فقال النبي ،
صلى الله عليه وسلم : إني لأعلم كلمة لو قالها ، لذهب عنه ما يجد ؛ « أعود
بالله من الشيطان الرجيم » . وفي السنن أن النبي . صلى الله عليه وسلم ، قال :
« إن الغضب من الشيطان وإن الشيطان من النار . وإنما تطفأ النار بالماء ؛
فإذا غضب أحدكم فليترضا ، وإذا كان هذا السبب وأثره من إلقاء الشيطان
لم يكن من اختيار العبد ، فلا يترتب عليه حكمه .

أو أما السنة .

١ — مارونه عائشة ، رضى الله تعالى عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق » .

وجه الاستدلال

قال أهل العراق إن الإغلاق هو الغضب . وقال أهل الحجاز : إنه هو الإكراه . وقالت طائفة هو جمع الثلاث بكلمة واحدة حكى الأقوال الثلاثة صاحب كتاب مطالع الأنوار . فمن فسر الإغلاق بأنه جمع الطلقات الثلاث في كلمة واحدة اعتمد على أن المطلق قد غلق طلاقة كما يغلق صاحب الدين ما عليه وهو من غلق الباب فكأنه أغلق على نفسه باب الرحمة بمجمعه الثلاث وكان هذا الحديث — على التفسير المذكور لتكلمة إغلاق حجة لمن لم يوقع الطلاق المحرم ولا الثلاث يكلمه واحدة ؛ لأنه طلاق محجور على صاحبه شرعاً ، وخجر الشارع يمنع نفوذ التصرف وصحته ، كما يمنع نفوذ التصرف في العقود المالية .

أما الذين فسروا الإغلاق بالغضب أو بالإكراه فقالوا : الإغلاق مأخوذ من إغلاق الباب وهو إرتاجه وإطبائه ، فالأمر المغلق ضد الأمر المنفرج والذي أغلق عليه الأمر ضد الذي فرج له وفتح عليه ، فالمكروه الذي أكره عليه أمر إن لم يفعله ، وإلا حصل له من الضرر ما أكره عليه — قد أغلق عليه باب القصد والإرادة لما أكره عليه ، فالإغلاق في حقه بمعنى إغلاق أبواب القصد والإرادة فلم يكن قلبه مفتوحاً لإرادة القول والفعل الذي أكره عليه ولا لاختيارهما ، فليس مطلق الإرادة والاختيار بحيث إذا شاء طلق وإن شاء لم يطلق ، وإن شاء تكلم وإن شاء لم يتكلم بل أغلق عليه باب الإرادة إلا للذي قد أكره عليه ، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يقل أحدكم : اللهم اغفر لي إن شئت ، اللهم ان رحمى إن شئت » ، ولكن ليعزم المسألة فإن الله لا مكروه له ، رواه البخاري عن أبي هريرة — فبين

النبي، صلى الله عليه وسلم، أن الله لا يفعل إلا إذا شاء بخلاف المكروه الذي يفعل ما لا يشاؤه، فإنه لا يقال (ما يشاء) إلا إذا كان مطلق الدواعي وهو المختار . وأما من ألزم بفعل معين فلا، ولهذا يقال: المكروه غير مختار، ويعمل قسم المختار لا قسماً منه . ومن ساء مختاراً فإنه يعني أن له إرادة واختياراً بالقصد الثاني، فإنه يريد التخلص من الشر، ولا خلاص له إلا بفعل ما أكره عليه فصار أمريداً له بالقصد الثاني لا بالقصد الأول .

والغضبان الذي يمنعه الغضب من معرفة ما يقول وقصده؛ فهذا من أعظم الإغلاق . وهو، في هذه، الحال بمنزلة المبرسم والمجنون والسكران . بل أسوأ حالاً من السكران؛ لأن السكران لا يقتل نفسه، ولا يلقى ولده من علو، والغضبان يفعل ذلك . وهذا لا يتوجه فيه نزاع أنه لا يقع دلالته . والحديث يتناول هذا القسم قطعاً (١) .

آثار الصحابة :

وأما آثار الصحابة فمن وجوه؛ أحدها: ما ذكره البخاري في صحيحه عن ابن عباس أنه قال: الطلاق عن وطء^(٢) . والعتق ما يبتغي به وجه الله - أي لا يبتغي للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة كالنشوز .

ووجه الاستدلال: أن ابن عباس حصر الطلاق فيما كان عن وطء وهو الغرض المقصود، والغضبان لا وطء له .

المعقول وأصول الشريعة:

المواخظة إنما ترتبت على الأقوال؛ لكونها أدلة على ما في القلب من كسبه وإرادته، كما قال تعالى: « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم، ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم، فجعل الله سبب المواخظة كسب القلب، وكسبه هو إرادته وقصده . ومن جرى على لسانه الكلام من غير قصد واختيار بل لشدة غضب وسكر أو غير ذلك لم يكن كسب قلبه، ولهذا لم يؤاخذ الله

(١) من رسالة ابن قيم الجوزية في (إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان) ص ١٦ .

(٢) الوطء بفتحين: الحاجة قال أهل اللغة ولا يبنى منها فعل .

سبحانه وتعالى الذى اشتد فرجه بوجود راحلته بعد الإياس منها، فلما وجدها أخطأ من شدة الفرح وقال . اللهم أنت عبدى وأنا ربك . فجرى هذا اللفظ على لسانه من غير قصد ، فلم يؤاخذه كما يجرى الغلط فى القرآن على لسان القارىء (لكن) قد يقال : هذا قصد الصواب فأخطأ فلم يؤاخذه ، إذ كان قصد ضد ما تكلم به ، بخلاف الغضب إذا طلق فإنه قاصد الطلاق ويحجب عن هذا الاعتراض بأن لا كلام فى الغضب العالم بما يقول ، القاصد المختار لحكمه دفعا لمكروه البقاء مع الزوجة . وإنما الكلام فى الذى اشتد غضبه حتى ألجأه الشيطان إلى التسكيم بما لم يكن مختارا للتسكيم به كما يلجئه إلى فعل ما لم يكن — لولا الغضب — يفعله . على أن الغضب يفعل أموراً من شق الثياب ، وإتلاف المال وغير ذلك مما لو أكره به حتى يتكلم بالطلاق لم يتفد طلاقه ولغت أقواله ، فإذا فعل هو هذه الأمور علم أن الذى ألجأه إليها أعظم من الإكراه ، فإن المكروه لو أكره بها لم يفعلها ، وهذا فعلها ، فلم أن المقضى لفعلها أولى من اقتضاء الإكراه لفعلها . والمكروه لو فعل به ذلك كان مكرهاً ، فالغضب كذلك . وهذا واضح جداً (٢) .

والغضب مرض من الأمراض وداء من الأدواء ، فهو من أمراض القلب نظير الحمى ، والوسواس والصراع فى أمراض الأبدان فالغضب المنقلب فى غضبه كالمرض ، والمحموم ، والمصروع ، والمنقلب فى مرضه ، والمبرسم المنقلب فى برسامه .

والخلاصة :

أن ابن قيم الجوزية بعد تحقيقه للغضب وأنه فى حالات ينعدم معه الاختيار والرضا ، وفى حالات لا ... قال بعدم وقوع الطلاق فى الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى : أن يبلغ بالرجل الغضب نهايته ، فلا يدري ما يقول ولا يقصده ، فى هذه الحالة لا يقع طلاقه .

الحالة الثانية: أن لا يبلغ به الغضب هذه الغاية ، فكان بحيث . تعدى مبادئه ولم ينته إلى آخره ولكنه وصل به إلى حالة الهذيان: فغلب الخلل والاضطراب أقواله وأفعاله .

أما إذا كان الغضب أخف من ذلك، وكان لا يحول دون إدراك ما يصدر منه، ولا يوجب خللا في أقواله وأفعاله، فإن الطلاق فيه يقع من غير شبهة .

الشيعية الإمامية

قال الإمام الحلي . ولا يصح طلاق المجنون ، ولا السكران ، ولا المكره ، ولا المغضب ، مع ارتفاع القصد (١) .

الصريح والكناية

المذهب الحنفي

الطلاق الصريح .

قال الأحناف : صريح الطلاق، هو ما يكون بلفظ لا يستعمل إلا في حل قيد النكاح وهو لفظ الطلاق أو التطليق كقول الزوج لزوجته « أنت طالق » أو « أنت الطلاق » أو « طلقتك » أو « أنت مطلقة » مشدداً . وسمى هذا النوع صريحاً . لأن الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد ، مكشوف المعنى عند السامع، من قولهم، صرح فلان بالامر، أي كشفه وأوضحه ويسمى المشرف صرحاً لظهوره على سائر الأبنية .

صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية

قال الأحناف : صريح الطلاق لا يحتاج ، لإيقاع الطلاق به ، إلى نية ؛ لأن ألفاظ الصريح ظاهرة المراد ؛ لأنها لا تستعمل إلا في الطلاق عن قيد النكاح ، فلا يحتاج فيها إلى النية لوقوع الطلاق ؛ إذ النية عملها في تعيين المبهم، ولا إبهام فيها؛ قال الله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » حيث شرع الله الطلاق من غير شرط النية . وقال سبحانه وتعالى : « الطلاق مرتان » فأطلق

ولم يقيد الوقوع بالنية إذا استعمل لفظ الطلاق ، وقال تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ، فقد حكم سبحانه وتعالى بزوال الحل مطلقاً عن شرط النية . كذلك روى أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته في حال الحيض أمره رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، أن يراجعها ، ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينو . ولو كانت النية شرطاً لسأله ، ولا مراجعة إلا بعد وقوع الطلاق ، فدل على وقوع الطلاق من غير نية . ولهذا قال الأحناف : لو أن رجلاً قال لزوجته : أنت طالق ثم قال أردت أنها طالق من وثاق لم يصدق قضاء ؛ لأن ظاهر هذا الكلام الطلاق عن قيد النكاح فلا يصدق القاضي في صرف الكلام عن ظاهره — لكنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه في الجملة والله تعالى مطلع على قلبه ؛ أما أمراته فلا يسعها أن تصدقه لأنه خلاف الظاهر . ولو قال الرجل لامرأته : « أنت طالق » ، وقال : أردت أنها طالق من العمل ، لم يصدق ، لا قضاء ، ولا ديانة ؛ لأن هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل ، فقد نوى ما لا يحتمله لفظه أصلاً ، فلا يصدق أصلاً . وهناك في المذهب رواية للحسن عن أبي حنيفة أنه يصدق في الحالة الأخيرة ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه إذا قال نويت بقولي : « أنت طالق » أنها طالق من العمل أو من القيد قد نوى ما يحتمله حقيقة كلامه ؛ لأنها مطلقة من هذين الأمرين حقيقة ، فجاز أن يصدق فيه . لكن لو صرح الرجل بما نواه بأن قال لزوجته : « أنت طالق » من وثاق لم يقع طلاق ، لا قضاء ، ولا ديانة ؛ لأن المرأة قد توصف بأنها طالق من وثاق وإن لم يكن مستعملاً ، فإذا صرح به يحمل عليه .

قول الرجل لامرأته كوني طالقاً :

لو قال الرجل لزوجته كوني طالقاً أو اطلقي ... روى ابن سماعة عن محمد ، رحة الله عليه ، أن المرأة تطلق ، فالكلام وإن كان على صيغة الأمر لكنه ليس أمراً حقيقياً ، بل هو عبارة عن إثبات كونها طالقاً كما في قوله تعالى : « كن ، فيكون » ، فهو كناية عن التكوين . ولا تكون المرأة طالقاً إلا بالطلاق .

بامطلقة

ولو قال الرجل لامرأته يا مطلقة، وقع عليها الطلاق؛ لأنه وصفها بكونها مطلقة، ولا تكون مطلقة إلا بالتطليق؛ فإن قال: أردت التسم لا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر؛ لأنه نوى فيها هو وصف ألا يكون وصفاً، فكان عدولا عن الظاهر فلا يصدقه القاضي. لكن لو كان لها زوج آخر؛ فقال: عنيت ذلك دين في القضاء؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأنه وصفها بكونها مطلقة في نفسها من غير الإضافة إلى نفسه، وقد تكون مطلقة، وقد تكون مطلقة زوجاً الأول، فالتية صادفت محلها فصدق في القضاء، وإذا لم يكن لها زوج قبله لا يحتمل أن تكون مطلقة غيره، فانصرف الوصف إلى كونها مطلقة له.

أنت طالق قد طلقتك:

ولو قال لزوجته: أنت طالق قد طلقتك، يقع ثنتان إذا كانت المرأة مدخولاً بها؛ لأنه ذكر جهتين، كل واحدة منها إيقاع تام لكونه مبتدأ وخبراً، والمحل قابل للوقوع. ولو قال عنيت بالثاني الإخبار عن الأول لم يصدق في القضاء؛ لأن هذه الألفاظ في عرف اللغة والشرع تستعمل في إنشاء الطلاق فصرفها إلى الإخبار يكون عدولا عن الظاهر فلا يصدق في القضاء. (١)

صرح الطلاق بغير اللغة العربية يحتاج إلى النية:

قال أبو حنيفة في فارسى قال لإمرأته: بهشتم أن زن، أو قال: دإن زن بهشتم، أو قال: بهشتم، لا يكون ذلك طلاقاً إلا أن ينوى به الطلاق؛ لأن معنى هذا اللفظ بالعربية خليت. وقوله خليت كناية من كنايةات الطلاق بالعربية فكذا هذا اللفظ؛ إلا أن أبا حنيفة فرق بين اللفظين من وجهين: (أحدهما): أنه إذا نوى الطلاق بقوله: وخليت، يقع بائناً. وإذا نوى الطلاق بهذه اللفظة يقع رجعيّاً؛ لأن هذا اللفظ يحتمل أن يكون صريحاً في لغتهم،

ويحتمل أن يكون كناية فلا تثبت اليقينية بالشك. (الثاني): وقال أبو حنيفة: إن قوله: خليت في حال الغضب وفي حال مذاكرة الطلاق يكون طلاقاً، حتى لا يدين في قوله: إنه ما أراد به الطلاق. وهذا اللفظ في هاتين الحالتين لا يكون طلاقاً، حتى لو قال: ما أردت به الطلاق يدين في القضاء؛ لأن هذا اللفظ أقيم مقام التخلية فكان أضعف من التخلية فلا تعمل فيه دلالة الحال.

رأى آخر:

وقال أبو يوسف: إذا قال: «بهشم إن زن»، أو قال: «إن زن بهشم»، فهي طالق نوى الطلاق أو لم ينو. وتكون تطليقة رجعية؛ لأن أبا يوسف خالط العجم ودخل جرجان فعرف أن هذا اللفظ في لغتهم صريح. أما لو قال: «بهشم»، ولم يقل «إن زن»، فإن قال ذلك في حال سؤال الطلاق، أو في حال الغضب فهي طلقة واحدة يملك الرجعة، ولا يدين أنه ما أراد به الطلاق في القضاء. وإن قال في غير حال الغضب ومذاكرة الطلاق يدين في القضاء؛ لأن معنى قولهم: «بهشم»، خليت. وليس في قوله خليت إضافة إلى النكاح، ولا إلى الزوجة، فلا يحمل على الطلاق إلا بقرينة نية أو بدلالة حال وحال الغضب، ومذاكرة الطلاق دليل على إرادة الطلاق ظاهراً فلا يصدق في الصرف عن الظاهر. وقال أبو يوسف: لو نوى الرجل بهذا اللفظ الطلاق والبائن فائش، وإن نوى ثلاثاً فثلاث؛ لأن هذا اللفظ وإن كان صريحاً في الفارسية فمعناه التخلية في العربية، فكان محتملاً للينونة والثلاث بلفظ التخلية فجاز أن يحمل عليه بالنية. ووافق محمد أبا يوسف في أن هذه الالفاظ هي من صريح الطلاق إلا قول المطلق «بهشم»، دون ذكر - زن - أو «إن زن»، فقال محمد: إنه إن كان في حال مذاكرة الطلاق فيعتبر من صريح الطلاق، ولا يدين أنه ما أراد به الطلاق. وإن لم يكن في حال مذاكرة الطلاق يدين سواء كان في حال الغضب أو الرضا؛ لأن معنى هذا اللفظ باللغة العربية أنت غلابة، أو قد شاك.

وقال زفر : إذا قال « بهشم » ونوى الطلاق بآثنا أو غير بائن فهو بائن . وإن نوى ثلاثاً فثلاث ، وإن نوى اثنتين فاثنتان . فهذه اللفظة تجري مجرى قوله : « خلعت » ولو قال : « خلعتك » ونوى الطلاق فهي واحدة بآثنة نوى البينونة أو لم ينو . وإن نوى ثلاثاً يكون ثلاثاً ، وإن نوى اثنتين يكون اثنتين على أصله ، فكذا هذا .

الرجوع إلى العرف

وقال صاحب البدائع : « والأصل الذي عليه الفتوى في زماننا هذا في الطلاق بالفارسية أنه إن كان فيها لفظ لا يستعمل إلا في الطلاق فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية إذا أضيف إلى المرأة مثل أن يقول في عرف ديارنا « دهاكم » أو في عرف خراسان والعراق « بهشم » ؛ لأن الصريح لا يختلف باختلاف اللغات ، وما كان في الفارسية من الألفاظ ما يستعمل في الطلاق وفي غيره فهو من كنايات الفارسية ، فيكون حكمه حكم كنايات العربية في جميع الأحكام .

ألفاظ الصريح لا يقع بها البائن :

قال الأحناف : لو قال لامرأته : « أنت طالق » ونوى به الإبانة لغت نيته ؛ لأنه نوى تغيير الشرع ؛ لأن الشرع أثبت البينونة بهذا اللفظ موجلاً ، إلى ما بعد انقضاء العدة ؛ فإذا نوى إبانها للحال معجلاً ، فقد نوى تغيير الشرع ، وليس له هذه الولاية ، فبطلت نيته . وإن نوى ثلاثاً لغت نيته أيضاً في ظاهر الرواية . وذكر الطحاوي أنه لا يكون واحدة وإن نوى الثلاث .

رأى آخر بوقوع الثلاث :

وروى عن أبي حنيفة القول بوقوع الطلاق الثلاث لو قال الرجل لامرأته « أنت طالق » ونوى بقوله هذا أنها تطلق ثلاثاً فنصح نيته الثلاث ، وبه أخذ الشافعي .

وجه هذه الرواية :

قال الآخذون بالرواية السابقة: إن قول الزوج لزوجته: «أنت طالق» مشتق من الطلاق كالضارب ونحوه، فيدل على ثبوت ماخذ الاشتقاق وهو الطلاق كسائر الألفاظ المشتقة من المعاني؛ ألا ترى أنه لا يتصور الضارب بلا ضرب، ولا القاتل بلا قتل، فلا يتصور الطالق بلا طلاق فكان الطلاق بائنا، فصحت نية الثلاث منه، كما لو نص على الطلاق؛ فقال: «أنت طالق»، وكما لو قال لها: «أنت بائن»، ونوى الثلاث، فإنه تصح نية الثلاث لما سبق قلنا، فكذا هذا.

أدلة من قال بعدم وقوع الثلاث :

واستدل أصحاب الرأي القائل بعدم وقوع الطلاق الثلاث فيما لو قال الرجل لزوجته: «أنت طالق»، ونوى الثلاث. بالكتاب والمعقول.

أما الكتاب:

فقوله تعالى: «وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن، فأمسكوهن بمعروف، أو سرحوهن».

وجه الاستدلال :

أثبت الله في الآية السابقة الرجعة حال قيام العدة المطلق مطلقاً من غير فصل بين ما إذا نوى الثلاث أو لم ينو، فوجب القول بثبوت حق الرجعة عند مطلق التطليق، إلا بما قيد بدليل.

أما المعقول:

فقد قال صاحب البدائع: ^(١) «إنه نوى ما لا يحتمله لفظه فلا تصح نيته، كما إذا قال لها: «أسقيني»، ونوى به الطلاق، ودلالة الوصف أنه نوى الثلاث — وقوله طالق لا تحتمل الثلاث لو جهن.

(أحدهما): أن طالق اسم للذات، وذاتها واحد، والواحد لا يحتمل العدد، إلا أن الطلاق ثبت مقتضى الطالق، ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا . لأن الطالق بدون الطلاق لا يتصور، كالضارب بدون الضرب . وهذا المقتضى غير متنوع في نفسه، فكان عدما فيما وراء صحة التسمية، وذلك على الأصل المعهود في الثابت ضرورة؛ فهو، يقدر بقدر الضرورة، ولا ضرورة في قبول نية الثلاث؛ فلا يثبت فيه . بخلاف ما إذا قال لها: «أنت طالق طلاقا»؛ لأن الطلاق هناك منصوص عليه فكان ثابتا من جميع الوجوه، فيثبت في حق قبول النية . وبخلاف قوله: «أنت بائن»؛ لأن البائن مقتضاه البينونة، وأنها متنوعة إلى غليظة وخفيفة، فكان اسم البائن بمنزلة الاسم المشترك؛ لتنوع محل الاشتقاق، وهو البينونة، كاسم الجالس يقال: جلس أى قعد . ويقال: جلس أى أتى، فكان الجالس من أتى . المشتركة؛ لتنوع محل الاشتقاق، وهو الجلوس فكذا البائن، والاسم المشترك لا يتعين المراد منه إلا بعين، فإذا نوى الثلاث، فقد عين إحدى نوعي البينونة، فصحت نيته . وإذا لم تكن له نية لا يقع شيء . لانعدام المعين، بخلاف قوله «طالق»؛ لأنه مأخوذ من الطلاق، والطلاق في نفسه لا يتنوع؛ لأنه رفع القيد . والقيد نوع واحد .

(والثاني): إن سلمنا أن الطلاق صار مذكورا على الإطلاق، لكنه، في اللغة والشرع، عبارة عن رفع قيد النكاح . والقيد، في نكاح واحد، واحد، فيكون الطلاق واحدا ضرورة، فإذا نوى الثلاث فقد نوى العدد فيما لا عدد له، فبطلت نيته، فكان ينبغي ألا يقع الثلاث أصلا؛ لأن وقوعه ثبت شرعا، بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع .

لو قال أنت طالق طلاقا

ولو قال الرجل لزوجته: «أنت طالق طلاقا»، فإن لم تكن له نية، فنفع طلاقه واحدة . وإن نوى ثلاثا؛ ففي المذهب روايتان؛

الاولى: أنه تقع ثلاث طلاقات . كذا ذكر في الاصل .
والثانية: أنه يقع طلقة واحدة؛ فقد ذكر في الجامع الصغير عن أبي حنيفة أنه قال: إن قال الرجل لامرأته وأنت طالق طلاقاً، ونوى الثلاث لا تقع إلا واحدة . وعلل هذا الرأي بأن ذكر المصدر للتأكيد؛ لأن قوله: «أنت طالق» يقتضى الطلاق فكان قوله: «طلاقاً» تنصيهاً على المصدر الذى اقتضاه طالق فكان تأكيداً كما يقال: قمت قياماً، وأكلت أكلاً، فلا يقيد إلا ما أفاده المؤكد وهو قوله «طالق» فلا يقع إلا واحدة، كما لو قال: «أنت طالق» ونوى به الثلاث^(١) .

وجه الرواية الأولى:

أما وجه الرواية القائلة بصحة نية الثلاث ووقوع الطلاق ثلاثاً في حالة قوله «أنت طالق طلاقاً» ونوى به الثلاث فهو: أن قوله «طلاقاً» مصدر فيحتمل كل جنس الطلاق؛ لأن المصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل؛ قال الله تعالى: «ولا تدعوا اليوم ثبورا واحداً، وادعوا ثبوراً كثيراً» فقد وصف الثبور الذى هو مصدر بالكثرة، والثلاث فى عقد واحد كل جنس للطلاق، فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته، وإذا لم تكن له نية فيحمل على الواحد؛ لأنه متيقن . وحل المصدر على التأكيد إذا لم يمكن حمله على قائمة . وههنا أمكن حمله على ما يفيد وهو الثلاث .

قال لزوجته: «أنت الطلاق»

ولو قال لزوجته: «أنت الطلاق» ونوى الثلاث صحت نيته؛ لأن الفعل قد يذكر بمعنى المفعول؛ يقال: «هذا الدرهم ضرب الأمير» أى مضروبه . وهذا د علم أبى حنيفة، أى معلومه، فلو حملناه على المصدر لكان كلامه، ولو حملناه

(١) بدائع الصنائع ١٠٣٣ ج ١

على معنى المفعول لصح فكان الحمل عليه أولى وضحت نية الثلاث ؛ لأن
النبيه تتبع المذكور ، بلام الجنس .

جعل الرجعى بائناً

لو طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية ثم لو قال لها قبل انقضاء العدة:
قد جعلت تلك التطليقة التي أوقعتها عليك ثلاثاً، أو قد جعلتها بائناً - اختلف
الأئمة الثلاثة في ذلك على النحو التالي :

قال أبو حنيفة : يكون ثلاثاً ، ويكون بائناً ؛ لأنه يملك إيقاع هذه
التطليقة بائنة من الابتداء فيملك إنشاء الإبانة في هذه الجملة كما كان يملكها في
الابتداء . ومعنى جعل الواحدة ثلاثاً أنه الحق بها تطليقتين أخريين ، لا أنه
جعل الواحد ثلاثاً .

وقال أبو يوسف : يكون بائناً ولا يكون ثلاثاً ؛ لأن التطليقة الرجعية
يَحْتَمِلُ أن تلحقها البينونة في الجملة ، ألا ترى أنه لو تركها حتى انقضت عدتها
تصير بائنة فجاز تعجيل البينونة فيها أيضاً . فأما الواحدة فلا يَحْتَمِلُ أن تصير
ثلاثاً أبداً فلما قوله « جعلتها ثلاثاً » ،

وقال محمد : لا يكون ثلاثاً ولا بائناً ؛ لأن الطلاق بعد وقوعه شرعاً
بصفة لا يَحْتَمِلُ التغيير عن تلك الصفة ، لأن تغييره تغيير للشرع والعبد
لا يملك ذلك ألا ترى أن الرجل لو طلق زوجته ثلاثاً لجمعها واحدة
لا تصير واحدة وكذا لو طلقها تطليقة بائنة لجمعها رجعية لا تصير رجعية ؛
لأن في ذلك تغييراً للشرع والعبد لا يملك ذلك فكذا هنا لا يملك جعل
الرجعية ثلاثاً كما لا يملك جعل الطلاق الرجعى بائناً^(١) .

المذهب المالكي

صريح الطلاق

قال المالكية : الطلاق الصريح ألفاظه أربعة . وهو محصور في هذه

(١) المصدر السابق .

الألفاظ دون غيرها من الألفاظ؛ وهي : طلقت ، وأنا طالق منك ، وأنت طالق ، وأنت مطلقة ، أو الطلاق لي ، أو علي ، أو مني ، أو لك ، أو عليك ، أو منك ونحو ذلك بشرط قصد التلفظ والنطق بواحد من هذه الألفاظ المذكورة ، فهذه الألفاظ وإن كانت في الأصل أخبار لكن نقلها العرف لإنشاء حل العصمة ، فتي قصد النطق بها لزم الطلاق ، سواء قصد بها حل العصمة أولا . أما ما عداها من ألفاظ فلا تكون من صريح الطلاق بل تحتاج إلى نية حل العصمة كقوله لزوجتي : أنت مطلقة ، أو مطلوقة ، أو مطلقة ، بسكون الطاء وفتح اللام مخففة حيث لم ينقل العرف هذه الألفاظ لحل العصمة ، فهي من قبيل الكناية الخفية ، فتحتاج إلى نية الطلاق لوقوع الطلاق بها^(١) .

الطلاق الواقع بألفاظ الصريح

قال المالكية : وتلزم في لفظ من الألفاظ المذكورة طلاقة واحدة إلا لنية أكثر فيلزم المطلق مانواه . لكن هل توجه بين التسمية إلى الزوج ويحلف أنه ما أراد بقوله : أنت طالق مثلا سوى واحدة فقط وأنه لم يرد أكثر من واحدة ؟ وقال فقهاء المالكية : لا توجه إليه اليمين في الفتوى . أما في القضاء ففي المذهب قولان . (الأول) نقل النخعي عن ابن القاسم وهو المشهور في المذهب أنه يحلف . (والثاني) أنه لا يحلف وقد روى ذلك المديون عن مالك بن بشير^(٢) .

المذهب الشافعي

صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية

قال الشافعية : صريح الطلاق يقع به الطلاقي بلا نية الايقاع . ولو قال : لم أنو ، به الطلاق لم يقبل . وحكى الخطابي فيه الإجماع .

(١) الشرح الكبير لسيدي أحمد الدرديري ج ٣ ص ٣٧٨ وحاشية الموسوق عليه .

(٢) المصدر السابق ذات الجزء والمنفعة .

معنى الصريح وألفاظه :

قال الشافعية: إن صريح الطلاق هو ما لا يتحمل ظاهره غير الطلاق. وألفاظ الصريح هي: ما اشتق من «الطلاق»، لاشتهاره فيه لغة وعرفا. وألحق به، على المشهور في المذهب ما اشتق من «الفراق» — أو ما اشتق من «السراح» بفتح السين لورودهما في القرآن بمعنى الطلاق وفي المذهب رواية أخرى أن ما اشتق من «الفراق» أو «السراح» ليس من قبيل صريح الطلاق بل من كنياته؛ لأنهما لم يشتهرا اشتهاً الطلاق ويستعملان فيه وفي غيره.. فلفظ أنت طالق، وبأ طالق، إذ لم يكن اسماً ذلك، وأنت مطلقة من الألفاظ الصريحة في الطلاق.

ترجمة الطلاق من قبيل الصريح

قال الشافعية: الأصح أن ترجمة لفظ الطلاق إلى غير اللغة العربية من قبيل صريح الطلاق؛ لشهرة استعمالها في معناها عند أهلها شهرة استعمال العربية عند أهلها. وفي المذهب قول آخر بأن ترجمة لفظ الطلاق إلى غير اللغة العربية من قبيل كنيات الطلاق، اقتصاراً في الصريح على العربي لوروده في القرآن، وتكرره على لسان حملة الشرع.

أما ترجمة لفظ «الفراق» أو لفظ «السراح» فهي من قبيل الكناية. جزم بذلك ابن المقرئ في روضه. وصحح هذا الرأي في أصل الروضة. وعلل فقهاء الشافعية لذلك فقالوا: إن المتفق عليه هو أن لفظ «الطلاق» أو ما اشتق منه هو من قبيل صريح الطلاق. أما ما اشتق من «الفراق» أو «السراح» فليس محل اتفاق في كونه من صريح الطلاق فإذا ترجما — كانا من الضعف بحيث لا تعتبر ترجمتهما من قبيل صريح الطلاق.

شبهة اللفظ في إيقاع الطلاق

قال الشافعية : لو اشتهر عرفاً ، لفظ للطلاق ، « كالحلال على حرام ، أو حلال الله على حرام ، أو « أنت على حرام » ، « الحرام يلزمى » ، أو « على الحرام » ، كما بحثه الزركشى ، فهذه الألفاظ قيل تصبح صريحة في الطلاق عند من اشتهرت عندهم ، لغلبة الاستعمال وحصول التفاهم عندهم . والأصح كما يقول صاحب المنهاج أنها من ألفاظ الكناية . وعلى هذا أكثر الشافعية ، لأن الصريح إنما يؤخذ من ورود القرآن به وتكرره على لسان حملة الشرع ، وليس المذكور كذلك .

صريح الطلاق عند المشركين

قال الماوردى : إن كل ما كان عند المشركين صريحاً في الطلاق أجرى عليه حكم الصريح وإن كان كناية عندنا ، وكل ما كان كناية عندهم أجرى عليه حكم الكناية وإن كان صريحاً عندنا ؛ لأننا نعتبر عقودهم في شركهم ، فكذا طلاقهم . ويفهم من كلام صاحب المغنى أن الذى عليه أكثر علماء الشافعية هو أن الصريح من الطلاق هو ما استقر عليه فقهاء الشافعية فقط سواء وافق هذا عرف المشركين في طلاقهم أو لا . فلا عبرة بعرف المشركين في هذا الخصوص . ولكن صاحب المغنى رجح رأى الماوردى (١) .

المذهب الحنبلى

صريح الطلاق

الحنابلة في صريح الطلاق قولان ؛ أحدهما أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ : الطلاق ، والفراق ، والمراح وما تصرف منهن .

(١) معنى المحتاج للمعرفة ، المحتاج ج ٣ ص ٢٨٠ لفتاوى الشيخ محمد الصرينى الخطيب .

(ثانيها) وهو ما ذهب إليه أبو عبد الله بن حامد من أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده وما تصرف منه لا غير . وحجة هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيرا فلم يكونا صريحين فيه كسائر كنياته . أما أصحاب الرأي الأول فقالوا : إن هذه الألفاظ الثلاثة (الطلاق، والفراق، والسراح) قد ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين فكانت صريحة فيه كلفظ الطلاق . قال الله تعالى : « فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقال : « فامسكوهن بمعروف » وقال سبحانه وتعالى : « وإن يفرقا يغن الله كلا من سعته » وقال سبحانه « فتعالين أمتعن وأسرحن سراحا جميلا » .

الترجيح:

رجح صاحب المفتى قول ابن حامد وقال إنه أصبح ؛ لأن الصريح في الشيء ما كان نصافيه لا يحتمل غيره إلا احتمالا بعيدا ، ولفظ الفراق والسراح وأن وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين . فقد ورد الغير ذلك المعنى ، وفي العرف ، كثيرا . قال الله تعالى : (واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا) ، وقال جل وعلا : (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) ففي الآيتين المذكورتين استعمل لفظ الفراق لغیر الطلاق فلامعنى لتخصيصه بفرقة الطلاق . أما المراد بلفظ الفراق في قوله تعالى : « أو فارقوهن بمعروف » فهو ترك ارتباطهما ولم يرد به الطلاق . وكذلك قوله تعالى : « أو تسريح بإحسان » ، ولفظ الطلاق يختص بالفرقة بين الزوجين سابق إلى الإقحام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسراح (١) .

(١) المفتى لابن قدامة المحلى ج ٨ ص ٢٦٤ - والشرح الكبير على هامش المفتى لابن قدامة ج ٨ ص ٢٧٥ .

الصريح لايحتاج إلى نية

وصريح الطلاق متى تلفظه المطلق وكان ممن يملك الطلاق يقع به الطلاق متى صادف محلاً وذلك دون أن يتوقف على نية الطلاق فإذا قال لامرأته طلقك أو أنت طالق ، أو مطاقة وقع الطلاق من غير نية . قال صاحب الشرح الكبير : « وحجة ذلك أن الصريح لايحتاج إلى نية بل يقع من غير قصد . فتنى قال : أنت طالق ، أو مطلقة أو طلقك ، وقع من غير نية بغير خلاف ؛ لأن ما يعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية إذا كان صريحاً فيه ، كالبيع ، سواء قصد المرح أو الجدة ؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد . النكاح ، والطلاق ، والرجعة . رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح . قال ابن المنذر . أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء ، روى هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء وعبيدة وبه قال الشافعي وأبو عبيد قال أبو عبيد : هو قول سفيان وأهل العراق (١) .

تأثير النية في الصريح

قال الحنابلة . إذا نوى بقوله : « أنت طالق » أنها طالق من وثاق ، أو ادعى أنه قد سبق لسانه بلفظ الطلاق حينما أراد نداءها أو نحو ذلك فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى (فتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه) . قال أبو بكر : لا خلاف عن أبي عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته أسقيني ماء فسبق لسانه ، ونطق قائلاً أنت طالق ، أو أنت حرة وأنه لا طلاق فيه . ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فجري على لسانه غير ما في

(١) الصرح الكبير ، متن المقنع للشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ج ٨ ص ٣٧٥ على هامش المتن لابن قدامة — ذات الحرة والصنف

قلبه . فقال : أرجو أن يكون الأمر فيه واسعاً . أما بالنسبة لقبول هذا الادعاء قضاء، فينظر إلى القرائن إن كانت تصدقه في دعواه أم لا، فإن كانت قرينة الحال شاهدة على أنه قصد الطلاق لم يقبل قوله في الحكم؛ كأن يكون الحال الذي تلفظ به حال غضب ومشاجرة مع زوجته ، أو حال سؤاها الطلاق ؛ لأن اللفظ الذي نطق به وهو « أنت طالق » ، ظاهر في الطلاق ، وقرينة الحال تدل عليه فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين، فلا تقبل . وإن لم يكن في هذه الحال فظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وأبي الحارث أنه يقبل قوله؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالاً غير بعيد فقبل كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها . وقال القاضي : فيه روايتان (إحداهما) التي ذكرناها وهي ظاهر كلام أحمد (والثانية) لا يقبل قوله ؛ لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف، فلم يقبل في الحكم ، إلا إذا صرح بذلك في اللفظ فقال : طلقك من وثاق ، أو فارقتك بجسمي ، أو سرحتك من يدي ، فلا شك أن الطلاق لا يقع ؛ لأن ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط^(١) .

أنت مطلقة

للحنابلة آراء فيما لو قال الرجل لامرأته أنت مطلقة : فقد نسب صاحب الشرح الكبير إلى أبي بكر أنه قال فيها إذا قال الرجل لامرأته : « أنت مطلقة » ونوى أنها مطلقة طلاقاً ماضياً من زوج كان قبله . لا يقع الطلاق في هذه الحالة . أما إذا لم ينو شيئاً فعلى قولين : « أحدهما » قول بوقوع الطلاق « والثاني » قول بعدم وقوع الطلاق . وقال صاحب الشرح الكبير : وهذا يقتضى أن تكون هذه اللفظة غير صريحة في أحد القولين ، قال القاضي : « المنصوص عليه عن أحمد أنه صريح . وهو صحيح : لأن هذه متصرفة من

لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله: أنت طالق، فإن قال: أردت بقولي أنها مطلقة من زوج كان قبلي؛ فقيه وجه ثالث: أنه يقبل إن كان وجد؛ لأن كلامه يحتمله. ولا يقبل إن لم يكن قد وجد؛ لأنه لا يحتمله^(١).

أنت الطلاق

إذا قال الرجل لزوجته: أنت الطلاق. قال القاضي: لا يختلف الرواية عن أحمد في أن الطلاق يقع به؛ نواه أو لم ينوه^(٢)، لأن لفظ الطلاق صريح فلم يفتقر إلى نية كالمنصرف منه. وهو مستعمل عرفاً في إيقاع الفرقة بين الزوجين. وهو وإن كان مصدر والأعيان لا توصف بالمصادر إلا مجازاً، لكن يتعذر هنا حمله على الحقيقة ولا عمل له سوى حمله على أنه لحل عقدة النكاح فتعين في هذا الوجه.

صريح الطلاق بغير العربية

قال الخنابلة: إذا أتى المطلق بلفظ غير عربي، موضوع عند من يتكلم به في إيقاع الطلاق صراحة، اعتبر من قبيل الطلاق الصريح ويقع به الطلاق بغير نية، فالعبرة بعرف كل لغة عند من يستعملها ولا يضر أن تكون ترجمة اللفظ إلى اللغة العربية تعطى معنى للطلاق غير صريح في اللغة العربية. فالعبرة عند كل قوم هي لغتهم^(٣).

الظاهرية

صريح الطلاق لا يقع إلا بالنية

قال الظاهرية: لا يقع طلاق إلا بلفظ من أحد ثلاثة: إما الطلاق،

(١) المتن لابن قدامة الخليل ج ٨ ص ٢٦٥، ٢٦٦ والمصريح الكبير على هامش المتن لابن قدامة ج ٨ ص ٢٧٩، ٢٨٠.
(٢، ٣) المصدر السابق ج ٢٦٦، ٢٦٧.

ولما السراح، ولما الفراق . فمن قال لامرأته: أنت طالق أو مطلقة ، أو قد طلقتك ، وأنت طالقة، أو أنت الطلاق أو أنت مسرحة ، أو قد سرحتك ، أو أنت السراح ، أو أنت مفارقة ، أو قد فارقتك ، أو أنت الفراق ، ونوى به الطلاق . فإن قال في شيء من ذلك كله . لم أنو الطلاق صدق في الفتيا ولم يصدق في القضاء في الطلاق وما تصرف منه ، وصدق في السراح أو الفراق قضاء وفتياً . وما عدا هذه الألفاظ فلا يقع بها طلاق البتة نوى بها طلاقاً أو لم ينو، لا في فتياً ولا في قضاء . مثل الخلية والبرية، وأنت مبرأة وقد بارأتك، وجعلك على غاربك .

الدليل

استدل الظاهرية لأربهم بالكتاب والمعقول؛ فقالوا:

أما الكتاب:

فقوله تعالى: «وَمِمَّنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ»^(١)، وقوله تعالى: «فَطَلَقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ»^(٢)، وقوله «وَالطَّلَاقُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ»^(٣)، وقوله تعالى: «وَمَسْرُوحُهُنَّ سَرَّاحٌ جَبِيلًا»^(٤)، وقوله تعالى: «فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ»^(٥)، وقوله تعالى: «فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ»^(٦)، وقوله تعالى (وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته)^(٧) .

وجه الاستدلال:

قال ابن حزم: لم يذكر الله تعالى حل عقد النكاح إلا بهذه الألفاظ . فلا يجوز لرجل حل عقدة عقدت بكلمة الله، عز وجل، وستة رسول الله، صلى

- (١) الآية رقم ٤٩ من سورة الاحزاب .
- (٢) الآية رقم ١ من سورة الطلاق .
- (٣) الآية رقم ٢٤١ من سورة البقرة .
- (٤) الآية رقم ٤٩ من سورة الاحزاب .
- (٥) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة .
- (٦) الآية رقم ٢٣١ من سورة البقرة .
- (٧) الآية رقم ٣٠ من سورة النساء .

الله عليه وسلم إلا بما نص الله عز وجل عليه وإلا كان متعدياً (ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه^(١)) .

الصريح يحتاج إلى النية

وخالف الظاهرية اجماع الفقهاء فقالوا : إن هذه الألفاظ الصريحة في الطلاق لا يقع بها الطلاق إلا إذا نوى بها الطلاق ، لقول الرسول ، صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات ، ولكل امرئ ما نوى » ، لكن إن ادعى عدم نية الطلاق بهذه الألفاظ فإن كان قد نطق بلفظ الطلاق فلا يصدق قضاء ويصدق في الفتيا . وكذا سائر ما تصرف من لفظ الطلاق . أما إذا كان قد نطق بلفظ السراح أو الفراق وقال لم أنو بهما الطلاق صدق في هذا الادعاء في الفتيا والقضاء ؛ لأن لفظة الطلاق وما تصرف منها لا يقع في اللغة التي خاطبنا الله عز وجل بها في أحكام الشريعة إلا على حل عقد الزواج ، فقط ، لا معنى آخر للنية ، فلا يجوز أن يصدق في دعواه في حكم قد ثبت بالبيضة عليه وفي إسقاط حقوق وجبت يقيناً للمرأة بالطلاق قبله وراعيها دعواه تلك في الفتيا ؛ لأنه قد يريد لفظاً آخر فيسبقه لسانه إلى ما لم يرده فإذا لم يعرف ذلك إلا بقوله ، فقوله كله مقبول ، لا يجوز أخذ بعضه وإسقاط بعضه ، وأما ألفاظ السراح والفراق ، فإنها تقع في اللغة التي بها خاطبنا الله عز وجل في شرائعه على حل عقد النكاح وعلى معان آخر وقوعاً مستوياً ، ليس معنى من تلك المعاني أحق بتلك اللفظة من سائر تلك المعاني ، فيكون « أنت مسرحة » أي أنت مسرحة للخروج إذا شئت ، وبقوله « قد فارقتك » ، وأنت مفارقة ، في شيء مما بينهما ما لم توافقه فيه ، فلما كان ذلك كذلك لم يجوز أن يحكم بحل عقد صحيح بكلمة الله ، عز وجل ، بغير يقين ما يوجب حلها^(٢) .

(١) الآية رقم ١ من سورة الطلاق .

(٢) الحل لابن حزم ج ١٠ ص ١٨٥ و ١٨٦ و ٨٧ .

لا طلاق بغير الصريح

وقال الظاهرية : إن ما عدا الألفاظ الثلاثة السابقة ، الطلاق والسراح والفراق ، لا يقع بها طلاق ألبتة ، نوى بها طلاقاً أو لم ينو ، لا في فنيا ولا في قضاء ، سواء في ذلك الألفاظ التي يكتب بها عن الطلاق ، « كانت خلية » و « جملك على غارك » ، لأن هذه الألفاظ جاءت فيها آثار مختلفة الفنيا عن نفي من الصحابة رضى الله عنهم . ولم يأت فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء أصلاً ولا حجة في كلام غيره ، صلوات وسلامه عليه ، لا سيما في أقوال مختلفة ليس بعضها أولى من بعض (١) .

الشيعية الإمامية

الصيغة من أركان الطلاق عند الشيعة الإمامية واللفظ الصريح من الصيغة هو : « أنت طالق » ، أو « هذه طالق » ، ويذكر اسم الزوجة أو ما يفيد تعيينها أو يقول « زوجتي طالق » ،

صريح الطلاق

وينحصر عند الشيعة الإمامية صريح الطلاق في لفظ « طالق » ، فلا يكفي « أنت طلاق » ، لأن النص وارد ب « طالق » ، ويجب أن تقف عند مورد النص . وقد اتفق الإجماع على أن صريح الطلاق منحصر في لفظة « طالق » ؛ استصحاباً للزوجة (٢) . ولا عبرة بلفظ « السراح » ، أو لفظ « الفراق » .

أنت مطلقة ، أو طلقت فلانة

قال الإمامية لو قال الزوج لزوجته : « أنت من المطلقات أو أنت مطلقة » ، أو قال « طلقت فلانة » ، لا يقع الطلاق بهذه الصيغ كلها ؛ لأنها ليست من

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٨٦ ~ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعامل

(٢) المختصر النافع في فقه الشيعة الإمامية للعلامة ١٩٧ طبع مطبعة دار الكتاب العربي بمصر

صرح الطلاق ، ولأنها إخبار . ونقل هذه الصيغ من الإخبار إلى الإنشاء على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على مورد الوفاق ، وهو صيغ العقود ، فاطراده في الطلاق قياس ، والنص دل فيه على « طالق » ولم يدل على غيره ، فيقتصر عليه . وهذا هو الرأي المشهور في المذهب .

رأى آخر بالوقوع

وفي المذهب رأى آخر بوقوع الطلاق بمطلقة ، وبقروله « طلقت فلانة » ، وإلى هذا أشار صاحب الروضة البهية^(١)

كنايات الطلاق

المذهب الحنفي

كنايات الطلاق هي الألفاظ التي تستعمل في الطلاق وفي غيره ، فلا يقع الطلاق بشيء منها إلا بالنية ، أو بقرينة الحال التي تدل على أن المراد بها الطلاق .

والألفاظ الكناية كثيرة ، منها : قول الرجل لزوجته : أنت بائن ، أو بنة ، أو خلية ، أو برية ، أو اذهبي إلى أهلك ، أو جلك على غاربك ، أو اعتدي ، أو استبرئي رحمك ... إلى غير ذلك .

معاني هذه الألفاظ

لو قال الرجل لزوجته : « أنت بائن » ، يحتمل في ذاته اليئونة والانفصال من رابطة الزواج ، كما يحتمل اليئونة والانفصال من أسباب الخير أو الشر ،

(١) الروضة البهية شرح اللغة المحققية ج ٢ من ١٤٧ .

وكذلك قوله : « أنت بته » فإن معنى البت القطع والفصل . أما قوله لها : « أنت خلية » أو « برية » فيحتمل الخلو من الزواج والبراءة منه ، كما يحتمل الخلو والبراءة من الحيز والشر . وقوله : « جلك على غاربك » يحتمل معنى أنه لاسلطان له عليها بسبب الطلاق ، كما يحتمل معنى التبكيت والتأنيب .

وقول الرجل لزوجته : « اذهبي إلى أهلك » يحتمل إرادة الطلاق فتعود إلى أهلها ، كما كانت . ويحتمل إبعادها عنه بسبب الغضب .

وقوله لها : اعتدى ، يحتمل لإرادة العدة الشرعية التي تعقب الطلاق ؛ لأنه طلقها ، كما يحتمل معنى الاعتداد بما هي فيه من نعمة وخير ، والشكر على ذلك .

وقوله : « استبرئ رحمك » يحتمل أمرها بتعرف براءة الرحم من الحمل كي تستطيع التزوج بزوج آخر ؛ لأنها صارت طالقاً ، كما يحتمل الأمر بذلك ليطلقها بعد أن يعرف أنها غير حامل .

وقوع الطلاق بالألفاظ الكناية

قال الأحناف : كنيات الطلاق يختلف الحكم فيها بوقوع الطلاق وعدمه بالنظر إلى الديانة وإلى القضاء ، كما يختلف حكم القضاء فيها تبعاً لاختلاف معانيها والأحوال التي ترد فيها تلك الصيغ والألفاظ .

ادعاء أنه نوى بالكناية غير الطلاق

لو ادعى الزوج أنه بقوله لزوجته : « أنت بائن » ، أو « أنت بته » ، أو أنت خلية .. إلى آخر هذه الألفاظ ، التي تحتمل الطلاق وغيره . أنه ما قصد بهذه الألفاظ طلاق زوجته ، بل قصد ما تحتمله من معان أخرى ، فالأمر عند الأحناف على التفصيل الآتي :

من ناحية الديانة

قال الأحناف : من ناحية الديانة يصدق للرجل ديانة ويوكل الأمر إلى

نية الرجل فيما يريد من تلك الألفاظ : فإذا قال : إنه لم يرد بما تلفظ به طلاقاً فهو إلى نيته ، فيصدق ، ويفتى بعدم وقوع الطلاق .

من ناحية القضاء

وأما من ناحية القضاء فالحكم فيها بوقوع الطلاق وعدمه يبنى على أحد أمرين :

الأول — النية التي يفصح عنها صاحبها بقوله : أردت كذا .

الثاني — القرينة التي ترجح أحد المعنيين اللذين يحتملها اللفظ .

وقال الأحناف : إن دلالة القرينة على المعنى المقصود من اللفظ أقوى وأبعد عن الإثمة — في اعتبار القضاء — من دعوى الرجل أنه يريد بما تلفظ به كيت أو كيت — فإنه لا يصدق في هذه الدعوى إلا إذا كانت قرائن الأحوال تساعد على ذلك .

وقال الأحناف توضيحاً وتأكيذاً لما سبق : إن الأحوال التي ترد فيها ألفاظ الكناية ؛ إما أن تكون حالة الرضا ، أو حالة الغضب والخصومة . كل منهما إما أن يجرى فيه حديث الطلاق ومذاكراته بأن تطلب الزوجة الطلاق من الرجل أو يطلبه غيرها . وإما ألا يكون الأمر كذلك .
وألفاظ الكناية ثلاثة أنواع :

(الأول) ما يصلح جواباً لطلب الطلاق ، ولا يصلح رفضاً له ولا شتماً وذلك مثل لفظ « اعتدى » .

(الثاني) ما يصلح جواباً لطلب الطلاق كما يصلح أن يكون شتماً ، وذلك مثل : باتن ، وبنت ، وخلية ، وبرية وهذه تصلح في مقام طلب الطلاق أن تكون لإجابة هذا الطلب ؛ فيقع بها الطلاق ، كما تصلح أن تكون شتماً للزوجة في مقام الغضب ، ولكنها لا تصلح أن تكون رفضاً لطلب الطلاق .

(الثالث) ما يصلح جواباً لطلب الطلاق ، كما يصلح رفضاً له . وذلك

مثل: اخرجني، اذهبني، اغربي، قومي، تقنعي. فالفاظ هذا النوع تختمل ان تكون جوابا لطلب الطلاق، كما يحتمل أن تكون رفضاً ورداً له .

والحكم في ذلك على التفصيل التالي :

١ - في حالة الرضا، المجردة عن مذاكرة الطلاق وطلبه، لا يحكم بوقوع الطلاق في شيء من ألفاظ الكناية جميعها إلا بالنية ؛ فيصدق الرجل إذا قال: إني لم أرد بذلك طلاقاً ؛ وذلك لأن كنيات الطلاق كما تختمل الطلاق تختمل غيره ، وليس هناك قرائن ترجح أحدهما على الآخر ، فيكون الفصيل في ذلك هو النية .

٢ - إذا جرت في حالة الرضا مذاكرة الطلاق وطلبه، فإنه يقع الطلاق بألفاظ النوعين الأولين من غير توقف على النية . ولا يصدق الرجل فيها إذا قال : إني لم أرد الطلاق ؛ لأن النوع الأول لا يحتمل غير الجواب على طلب الطلاق . وهذا الطلب حاصل ، فيترجح أن المراد باللفظ هو إيقاع الطلاق ، وكذلك الحكم في ألفاظ النوع الثاني . وهو ما يحتمل الجواب والشم ، فإن المقام ليس مقام شتم مادامت الحالة حالة رضا ، فيحمل اللفظ على أنه جواب لطلب الطلاق ، فلا يتوقف وقوعه على النية ، ولا يصدق الرجل إذا ادعى أنه لم يرد به الطلاق .

أما ألفاظ النوع الثالث الذي يحتمل الجواب والرد؛ فإن الطلاق يتوقف فيها على النية لأن مقام مذاكرة الطلاق وطلبه يقبل الإجابة والرفض . وألفاظ هذا النوع تختمل الإسرين ، فلا يترجح أحدهما على الآخر إلا بالنية ، فيصدق الرجل إذا قال : إنه لم يرد باللفظ الطلاق .

٣ - إذا كانت الحالة حالة غضب، ولم يجر فيها مذاكرة الطلاق وطلبه، فإنه يقع الطلاق بألفاظ النوع الأول الذي لا يحتمل شتما ولا رفضاً

للطلاق ، ولا يتوقف وقوعه على النية ، ولا يصدق الرجل في دعوى إرادة شيء غير الطلاق .

أما في النوعين الآخرين فيتوقف الطلاق على النية ؛ لأن المقام مقام غضب يصح أن ترد فيه ألفاظ الشتم أو الرد . واللفظ يحتمل أحدهما ، فلا يصرف إلى الطلاق إلا بالنية . ويصدق الرجل إذا قال : إنى أردت الشتم أو رفض الطلاق .

٤ - وكذلك الحكم إذا جرت ، في حالة الغضب ، مذاكرة الطلاق وطلبه ، فإنه يقع من غير توقف على النية في النوع الأول . ويتوقف عليها في النوعين الآخرين ؛ لاحتمال إرادة الشتم أو الرد .

قال صاحب البدائع^(١) : « ولا خلاف في أنه لا يقع الطلاق بشيء من ألفاظ الكتابة إلا بالنية ؛ فإن كان قد نوى الطلاق يقع فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن الله تعالى يعلم سره ونجواه . وهل يدين في القضاء ؟ فالجواب لا يخلو ؛ إما إن كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق ، وإما إذا كانت حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ، وإما إن كانت حالة الغضب والخصومة ؛ فإن كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق ؛ يدين ، في القضاء ، في جميع الألفاظ لما ذكرنا أن كل واحد من الألفاظ يحتمل الطلاق وغيره . والحال لا يدل على أحدهما فيسأل عن نيته ، ويصدق في ذلك قضاء . وإن كانت حال مذاكرة الطلاق وسؤاله ، أو حالة الغضب والخصومة ؛ فقد قالوا : إن الكتابات أقسام ثلاثة ؛ في قسم منها لا يدين في الحالين جميعاً ؛ لأنه ما أراد به الطلاق - لا في حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ، ولا في حالة الغضب والخصومة - وفي قسم منها يدين في حال الخصومة والغضب ، ولا يدين في حال ذكر الطلاق

وسؤاله . وفي قسم منها يدين في الحالين جميعا .

أما القسم الأول فخمسة ألفاظ : أمرك بيدك ، واختارى ، واعتدى ، واستبرئ رحمك ، وأنت واحدة : لأن هذه الألفاظ تحمل الطلاق وغيره ، والحال يدل على إرادة الطلاق ؛ لأن حال الغضب والخصومة إن كانت تصلح للشم والتباعد ، كما تصلح للطلاق ، فحال مذاكرة الطلاق تصلح للتباعد والطلاق . ولكن هذه الألفاظ لا تصلح للشم ولا للتباعد ، فزال احتمال إرادة الشم والتباعد ، فتمت الحالة دلالة على إرادة الطلاق ، فترجح جانب الطلاق بدلالة الحال ، فثبتت إرادة الطلاق في كلامه ظاهرا ، فلا يصدق في الصرف عن الظاهر ، كما في صريح الطلاق إذا قال لامرأته : وأنت طالق ، ثم قال : أردت به الطلاق عن الوثاق ، لا يصدق في القضاء لما قلنا ، فكذا هذا .

أما القسم الثاني - فخمسة ألفاظ أيضا . دخلية ، ودبرية ، ودبته ، ودبائن ، وحرام ، لأن هذه الألفاظ كما تصلح للطلاق تصلح للشم ؛ فإن الرجل يقول لامرأته عند إرادة الشم : دأنت خلية من الخير ، وبرثة من الإسلام ، وبائن من الدين ، وبته من المروءة ، وحرام أى مستحبت ، وأحرام ، الاجتماع والعشرة معك . وحال الغضب والخصومة يصلح للشم ويصلح للطلاق ، فبقى اللفظ ، في نفسه ، محتملا للطلاق وغيره . فإذا عني به غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه ، والظاهر لا يكذبه ، فيصدق في حال ذكر الطلاق لأن الحال لا يصلح إلا للطلاق ؛ لأن هذه الألفاظ لا تصلح للتباعد ، والحال لا يصلح للشم ، فدل على إرادة الطلاق لا التباعد ولا الشم فترجحت نية الطلاق بدلالة الحال . وروى عن أبي يوسف أنه زاد على هذه الألفاظ خمسة أخرى هي : لا سبيل لي عليك ، وفارقتك ، وخليت سبيلك ، ولا ملك لي عليك ، وبنت مني ؛ لأن هذه الألفاظ تحمل الشم كما تحمل الطلاق ؛ فيقول الزوج : لا سبيل لي عليك لشرك ، وفارقتك في المكان لكرهه اجتماعي معك ، وخليت سبيلك وما أنت عليه ، ولا ملك لي عليك ؛ لأنك أقل

من أتملكك، وبنت مني لأنك بأت من الدين أو الخير، وحال الغضب يصلح لها، وحال ذكر الطلاق لا يصلح إلا للطلاق، لما ذكرنا، فالتحقت بالحسنة المتقدمة .

وأما القسم الثالث : فبقية الألفاظ التي ذكرناها : لأن تلك الألفاظ لا تصلح للشم ، وتصلح للتبديد والطلاق ؛ لأن الإنسان قد يبعد الزوجة عن نفسه حال الغضب من غير طلاق . وكذا حال سؤال الطلاق ، فالحال لا يدل على إرادة أحدهما^(١) ؛ فإذا قال : ما أردت به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه ؛ والظاهر لا يخالفه فيصدق في القضاء . وكذلك لو قال : وهبتك لأهلك، قبلوها ، أو لم يقبلوها ؛ لأنها هنا تحتمل الطلاق، لأن المرأة بعد الطلاق ترد إلى أهلها ، ويحتمل التبديد عن نفسه والنقل إلى أهلها مع بقاء النكاح ، والحال لا يدل على إرادة أحدهما، فبقى محتملا، سواء قبلها أهلها أو لم يقبلوها ؛ لأن كون التصرف هبة في الشرع لا يقف على قبول الموهوب له ، وإنما الحاجة إلى القبول لثبوت الحكم، فكان القبول شرط الحكم، وهو الملك، وأهلها لا يملكون طلاقها ، فلا حاجة إلى القبول . وكذا إذا قال : وهبتك لأبيك ، أو لأهلك ، أو للأزواج ؛ لأن العادة أن المرأة بعد الطلاق ترد إلى أبيها وأمها وتسلم إليهما، وتملكها الأزواج بعد الطلاق ؛ فإن قال : وهبتك لأخيك أو لأختك ، أو لأخائك ، أو لأختك أو لفلان الأجنبي لم يكن طلاقاً ؛ لأن المرأة لا ترد بعد الطلاق على هؤلاء عادة . ولو قال لامرأته : لست لي بامرأة ، أو قال لها : ما أنا بزوجه ، أو سئل : فقيل له : هل لك امرأة ؟ فقال : لا ؛ فإن قال : أردت الكذب ، يصدق في الرضا والغضب جميعاً ، ولا يقع الطلاق . وإن قال : نوت الطلاق ، يقع الطلاق على قول أبي حنيفة ، وقال ، أبو يوسف ومحمد : لا يقع الطلاق ، وأن نوى .

(١) بدائع الصنائع للكاظمي ج ٢ ص ١٠٧ وفتح القدير ج ٣ ص ٩١ ، ٩٢

المذهب المالكي

كنايات الطلاق

قسم المالكية كنايات الطلاق إلى قسمين :

أولاً - كنايات ظاهرة .

ثانياً - كنايات محتملة (خفية) .

وقد مثل المالكية للكنايات الظاهرة بالألفاظ : منها : « بنة » و « حبلك » على غاربك^(١) ، و « خليت سيديك » .

أما القسم الثاني : وهو الكنايات الخفية فنلوا لألفاظه بقول الزوج لزوجته : « أذهبى » و « انصرفى » و « ادخلى الدار » ونحو ذلك من كل كناية خفية .

المذهب الشافعي

كنايات الطلاق

قال الشافعية : الكناية هي ما يحتمل الطلاق وغيره ، ولا يقع الطلاق بكناية إلا بنية لإيقاعه ، والمراد بالنية في الكناية أن يقصد الإيقاع ؛ وقال صاحب المغنى : لو أتى بكناية من كنايات الطلاق وضم إليها من الألفاظ ما يبدل على المراد كانت بائن بينونة محرمة أولاً نحلى إلى أبداً ، لم يخرج عن كونها كناية .

(١) البت مناه الألفاظ فسكران الزوج قطع العصمة التي يلزمه وينبذها . ومضى (حبلك على غاربك) أى عصمتك على كفك ، كناية عن كونه لم يتبق له عليها عصمة كالسك بزمام دابة يرميه على كفها (حاشية الفسوق على النرج الكبير ج ٢ ص ٣٠٧٩) و (حاشية العلامة الشيخ على الصمدي ج ٢ ص ٥٦)

واستشكل بما ذكره في الوقف من أنه لو قال : تصدقت بكذا كان كناية ،
فلو أضاف إليه لا يباع ولا يوهب ، فالأصح صراحته .

ألفاظ الكناية :

ذكر الشافعية من كنايات الطلاق قول الرجل لامرأته : « أنت خلية ،
أى خالية منى » أنت برية ، « وأنت بته » أى مقطوعة الوصلة ، « مأخوذة من البت ،
وهو القطع ، « واعتدى ، « واستبرى » رحمك ، أى لأنى طلقتك ، « والحق بأهلك ،
سواء أكان لها أهل أو لا ، « وجعلك على غاربك ، أى خلعت سبيلك كما يخلى
البعير في الصحراء ، وزمامه على غاربه ، وهو : ما تقدم من الظهر وارتفع من
العنق ليرعى ؛ كيف شاء ، « ولا أنه سربك ^(١) » من النده ، وهو الزجر : أى
لا أهتم بشأنك ؛ لأنى طلقتك ، « « وأغربي ، أى تباعدى عني ، « وأغربي ،
أى صيرى غريبة بلا زوج . « دعيني ، أى اتركيني ، لأنى طلقتك ، « ودعيني ،
بتشديد الدال المكسورة من الوداع ، « فواؤه أصلية لا عاطفة : « لأنى
طلقتك ، « ولا حاجة لي فيك ، « لأنى طلقتك ، « وذوقى ، أى ذوقى مرارة الفراق ،
« وتزودى ، أى استعدى للحقوق بأهلك ، « « وتقنمى ، « « وأستبرى ، أى لأنى
طلقتك فأنت محرمة على فلا تحل لي رؤيتك ^(٢) « « وأبعدى ، « « وأذهبي ، « « وتجرعى ،
« « وأعتقتك ، « « ولا ملك لي عليك ، .

أنت مطلقة : وأطلقتك

وقال الشافعية : إن كلاما من أطلقتك وأنت مطلقة ، يسكون الطاء ، كناية ؛
لعدم اشتهاره في معنى الطلاق ^(٣) .

(١) السرب يفتح السين وسكون الراء المهملين : الإبل وما يرعى من المال : أما بكسر
السين فالجماعة من الغنم والقر . ويجوز كسر السين هنا .

(٢) معنى المحتاج إلى معرفة معنى ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الفريفي الخطيب ج ٣ ص ٢٨١

(٣) المصدر السابق .

الحرام يلزمي ، وعلى الحرام :

واختلف في قول الزوج لزوجته «الحرام يلزمي» و«حلال الله على حرام» و«على الحرام» هل إذا اشتهر استعمالها للطلاق يكون من صريح الطلاق أو من كنياته؟ فيرى صاحب المنهاج أن الأصح المنصوص عليه - وعليه الأكثر - أن هذه اللفاظ كناية مطلقاً ؛ لأن الصريح إنما يؤخذ من ورود القرآن به ، وتكرره على لسان حملة الشرع ، وليس المذكور كذلك . بينما يرى غيره أن هذه العبارات تكون عند من اشتهر عندهم استعمالها للطلاق من قبيل صريح الطلاق ، كما قاله الرافعي ، تبعاً للراوية ؛ لغلبة الاستعمال ، وحصول التقام عندهم .

أما عند من لم يشتهر عندهم استعمال هذه العبارات للطلاق فهي من قبيل الكناية في حقهم بالاتفاق .

على الطلاق :

قال صاحب المغني : لو قال الرجل لزوجته «على الطلاق» فهو كناية . وقال الصيمري : إنه صريح . وهو ، كما قال شيخنا ، أوجه . بل قال الزركشي وغيره : إنه الحق في هذا الزمن ؛ لاشتهاره في معنى التطلق ؛ فقول ابن الصلاح في فتاويه : إنه لا يقع به شيء ، محمول على أنه لم يشتهر في زمانه ، ولم ينبوه الطلاق (١) .

مدى صلاحية الصريح لأن يكون كناية :

قال الشافعية - تفريعاً على قاعدتهم المشهورة : « ما كان صريحاً في بابه ، ووجد نقاذاً في موضوعه ، لا يكون كناية في غيره » - لو قال الرجل لزوجته :

(١) معنى المنهاج للمعرفة معاني ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ١٨١ .

«أنت على كظهر أمي ، ونوى الطلاق ، أو قال لها : «أنت طالق ، ونوى الظهار ، لم يقع مانواه بل يقع مقتضى الصريح : لأن تنفيذ كل منهما في موضوعه ممكن (١) .

وقد استثنى الشافعية من القاعدة السابقة مسائل ؛ منها : ما لو قال الرجل لزوجته : «فسخت نكاحك» ، وهو ممكن من الفسخ بعبهيا ، ونوى الطلاق بهذا القول فقد قال الشافعية إنه طلاق ، مع أن الفسخ صريح في رفع نكاح المعينة بحيث تبين به من غير طلاق فقد وجد نقاداً في موضوعه ، وهو كناية في الطلاق ومنها : ما لو أسلم على أكثر من أربع ؛ فقال لإحدها من : فارقتك فإنه فسخ وإن كان لفظه صريحاً في الطلاق . ومنها ما لو قال لزوجته : «أنت على حرام كظهر أمي ، فالجمع كناية في الطلاق ، مع أنه إذا أطلق كان ظهراً .

مسألة خلافية

اختلف فقهاء الشافعية في الأثر الناتج عن قول الرجل لامرأته : «أنت على حرام ، أو حرمتك» ، ونوى بذلك الطلاق والظهار معاً أو متعاقبين كان أو أدا أحدهما في أول الكلام والآخر في آخره ؛ فقال بعضهم : تخير الزوج وثبت ما اختاره منهما ، ولا يثبتان جميعاً ؛ لأن الطلاق يزيل النكاح ، والظهار يستدعى بقاءه . وقيل : الواقع ؛ في هذه الحالة ، طلاق ، لأنه أقوى لإزالة الملك . وقيل : هذه العبارة لا يثبت بها ، في هذه الحالة ، سوى الظهار ؛ لأن الأصل بقاء النكاح . أما لوى نوى بقوله لها : «أنت على حرام أو حرمتك» تحريم عينا أو فرجها أو وطئها ؛ قال الماوردي : أو رأسها ، فلا تحرم عليه ، وإن كره له ذلك وعليه مثل كفارة يمين ؛ لما روى النسائي «أن رجلاً سأل ابن عباس ، رضي الله عنهما ، قال : إني لجعلت امرأتى على حراما ، فقال : كذبت ليست بحرام عليك ، ثم قرأ قوله تعالى . «يا أيها النبي لم تحرم

(١) معنى المجتاج للمعرفة معارف الفاظ المتهاج - ٣ ص ٢٨٢

ما أحل الله لك... الآية. ووجوب مثل كفارة اليمين عليه لا يتوقف على الوطء، كما لو قال ذلك لأتمته؛ فقد أوجب الله سبحانه وتعالى تحلة اليمين بأداء كفارة ككفارة اليمين، وذلك في قوله تعالى: «يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك... إلى قوله تعالى: قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم».

قال المفسرون. نزلت هذه الآيات في قصة مارية، لما قال الرسول، صلى الله عليه وسلم، لها: «هي على حرام» ولا يقال: إن قوله: «هي على حرام، يمين؛ لأن اليمين إنما تنعقد باسم من أسمائه تعالى، أو صفة من صفاته، لكن وجب على من تلفظ بهذه العبارة أداء مثل كفارة يمين؛ أخذاً من قصة مارية السابق ذكرها.

وللشافعية رأيان فيما لو قال الرجل لامرأته: «أنت على حرام»، ولم ينو شيئاً؛ (أحدهما): أن امرأته لا تحرم عليه، وعليه مثل كفارة يمين (والثاني): أن هذا القول لغو فلا كفارة عليه فيه. ومثل هذا أيضاً لو قال السيد لأتمته: «أنت على حرام»، ونوى تحريم عينها. وكذا إذا لم ينو شيئاً؛ فالحكم في هاتين الحالتين كالزوجه فيما مر فلا تحرم عليه بذلك، ويلزمه كفارة يمين قطعاً في الأولى، وعلى الأظهر في الثانية^(١)

شرط النية في الكناية

قال الشافعية: وشرط نية الكناية اقترانها بكل اللفظ كما في المحرم وجرى عليه البلقيني، فلو قارنت أوله وعزبت قبل آخره لم يقع طلاق. وقيل: يمكن اقترانها بأوله فقط، وينسحب ما بعده عليه، ورجحه الرافعي في الشرح الصغير، ونقل في الشرح الكبير ترجيحه عن الإمام وغيره.

(١) معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٨٢

وصوبه الزركشى. والذي رجحه ابن المقرئ، وهو المعتمد، أنه يكفي اقترانها ببعض اللفظ، سواء كان من أوله أو وسطه، أو آخره؛ لأن اليمين إنما تعتبر بتأملها^(١).

كناية الآخرس

قال صاحب المتهاج: إشارة الآخرس، إن فهم منها الطلاق كل أحد وآما منه، تعتبر من قبيل صريح الطلاق، فلا تحتاج إلى نية، كأن قيل له: كم طلقت زوجتك؟ فيشير بأصابعه الثلاث. أما إذا اختص بفهم طلاقه بإشارته أهل الفطنة والذكاء فقط، فكناية، يحتاج وقوع الطلاق بها إلى النية^(٢).

المذهب الحنبلي

أقسام الكناية:

قسم الكناية: كنايات الطلاق إلى أقسام ثلاثة. هي:

أولا: كنايات ظاهرة.

ثانيا: كنايات خفية.

ثالثا: كنايات مختلف فيها.

الكنايات الظاهرة:

أما الكنايات الظاهرة فسته ألفاظ: هي: خلية، وبرية، وبائن، وبنة وبتلة، وأمرك يدك.

الكنايات الخفية:

وأما الكنايات الخفية فنحو أخرجني، وأذهبني، وذوقني، وتجرعني، وأنت

(١) مقي المحتاج إلى معرفة سنن ألفاظ المتهاج ج ٣ ص ٢٨٣ وأسن الطالب شرح
روض الطالب لقيه الشيخ زكريا الأنصاري ج ٣ ص ٢٧١ .
(٢) المصدر السابق.

مخللة ، واختارى ، ووهبتك لأهلك ، وسائر ما يدل على الفرقة ويؤدى معنى الطلاق سوى ، ما ذكر من ألفاظ الكنايات الظاهرة ، وما سنذكره من ألفاظ الكنايات المختلف فيها .

الكنايات المختلف فيها :

أما الكنايات المختلف فيها فهى على ضربين ؛ الأول : منصوص عليها ، وهى عشرة : « الحق بأهلك » ، و « جلك على غاربك » ، و « لا سبيل لى عليك » ، و « أنت على حرج » ، و « أنت على حرام » ، و « اذهبي فتزوجي من شئت » ، و « غطى شعرك » ، و « أنت حرة » ، و « قد اعتقتك » .

(والضرب الثانى) مقيس على هذه وهى : « استبرئى رحلك » ، و « حالت للأزواج » ، و « تقضى » ، و « لا سلطان لى عليك » ، فهذه فى معنى المنصوص عليها فيكون حكمها حكما^(١) .

لا بد من النية فى كنايات الطلاق :

الأصل أن كنايات الطلاق لا يقع بها الطلاق الابنية الطلاق أو يأتیان المطلق مايقوم مقام نية فى إيقاع الطلاق^(٢) . كما إذا أتى الزوج بكناية من كنايات الطلاق فى حال الغضب أو حال سؤال الطلاق ، وذكر هذه الحالة صاحب المختصر^(٣) فقال : « وإذا قال شأ فى الغضب . أنت حرة ، أو لطمها ، فقال : هذا طلاقك ، فقد وقع الطلاق » وشرح صاحب المغنى بالتفصيل الحكم فيها إذا أتى بالكناية^(٤) فى حال الغضب فقال :

(١ ، ٢) المغنى لابن قدامة المنبئ ج ٨ ص ٢٦٠ ، ٢٧٧ ، ٢٧٦ . والفرع الكبير

على هامشه ص ٢٩٣ .

(٢) صاحب المختصر هو الامام أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحرقى

المتوفى سنة ٣٣٤ هـ .

(٣) المغنى لابن قدامة المنبئ ج ٨ ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ .

إذا أتى بالكناية في حال الغضب فنذكر الخرق في هذا الموضع أنه يقع الطلاق^(١). وذكر القاضي وأبو بكر وأبو الخطاب في ذلك روايتين .

(إحداهما) يقع الطلاق ، قال في رواية الميموني : إذا قال لزوجته د أنت حرة لوجه الله ، في الرضاء لا في الغضب فأخشي أن يكون طلاقا .

(والرواية الأخرى) : ليس بطلاق . وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، إلا أن أبا حنيفة يقول في اعتدى ، واختارى ، وأمرتك يدك ، كقولنا في الوقوع ، واحتجا بأن هذا ليس بصريح في الطلاق ولم ينوه به فلم يقع به الطلاق كحال الرضا ؛ ولأن مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضا والغضب ، ولا يحتمل أن ما كان من الكنایات لا يستعمل في غير الفرقة إلا نادرا نحو قوله د أنت حرة لوجه الله ، ود اعتدى ، ود استبرئى ، ود حبلك على غاربك ، ود أنت بائن ، وأشبه ذلك فإنه يقع في حال الغضب ، وجواب سؤال الطلاق من غير نية ، وما كثر استعماله لغير ذلك نحو ، اذهبي وأخرجي وروحي ، وتقنعي ، لا يقع الطلاق به إلا بنية . . ومذهب أبي حنيفة قريب من هذا ، وكلام أحمد والخرقي في الوقوع إنما ورد في قوله أنت حرة ، وهو مما لا يستعمله الإنسان في حق زوجته غالبا إلا كناية عن الطلاق . ولا يلزم من الاكتفاء بذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية ؛ لأن ما كثر استعماله والتكلم به بخلاف ما لم تجر العادة بذكره ، فإنه لما قل استعماله في غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه إرادة الطلاق ، فإذا انضم إلى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق أو في حال الغضب قوى الظن فصار ظنا غالبا .

وجه رواية من قال بوقوع الطلاق

أما من قال بوقوع الطلاق بقول الرجل لامرأته ، حال الغضب : دأنت

(١) المراد بقوله في هذا الموضع أى في قول الرجل لزوجته حال غضبه د أنت حرة لوجه الله تعالى ، والله أعلم بالصواب .

حرة لوجه الله تعالى، فهو أرب دلالة الحال تغير حكم الأقوال والأفعال، فإن من قال لرجل: يا عفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدحاً له، وإن قاله له في حال شتمه وتنقصه كان قذفاً وذماً، ولو قال: إنه لا يغدر بذمة، ولا يظلم حبة خردل، وما أحد أوفى ذمة منه في حال المدح كان مدحاً بليغاً كما قال حسان:

فما حملت من ناقة فوق رحلها أبر وأوفى ذمة من محمد
ولو قاله في حال الذم كان هجاء قبيحاً كقول النجاشي:
قبيلة لا يغدرون بذمة ولا يظلمون الناس حبة خردل
وقال آخر:

كان ربي لم يخلق الحشيتة سواهم من جميع الناس إنساناً
وهذا في هذا الموضع هجاء قبيح وذم حتى حكى عن حسان أنه قال:
ما أراه إلا قد سلح، ولولا القرينة ودلالة الحال كان من أحسن المدح وأبلغه.
وفي الأفعال لو أن رجلاً قصد رجلاً بـيف والحال تدل على المزح واللعب
لم يحز قتله، ولو دلت الحال على الجدى جاز دفعه بالقتل. والغضب ههنا
يدل على قصد الطلاق فيقوم مقامه^(١).

وإن أتى بالكناية في حال سؤال الطلاق فالحكم فيه كالحكم في ما إذا
أتى بها في حال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل. والوجه لذلك
ما تقدم من التوجيه، إلا أن المنصوص عن أحمد، ههنا، أنه لا يصدق في عدم
النية، قال في رواية ابن الحارث: إذا قال: لم أنوه، صدق في ذلك، إذا لم تكن
سألته الطلاق فإن كان بينهما غضب قبل ذلك فيفرق بين كونه جواباً للسؤال
وكونه في حال الغضب، وذلك لأن الجواب ينصرف إلى السؤال. فلو قال:

(١) المتن لابن قدامة المجلد ٨ ص ٢٧٠ والمرح السكير على هامش المتن ج ٨ ص ٢٩

لى عندك دينار فقال: نعم، أو صدقت، كان إقراراً به ولم يقبل منه تفسيره بغير الإقرار. ولو قال: زوجتك ابنتي، أو بعثتك ثوبى هذا؛ فقال: قبلت. صح، وكفى. ولم يحتج إلى زيادة عليه^(١).

إرادة غير الطلاق بالكناية

ولو أراد بالكناية حال الغضب أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق؛ لأنه لو أراد به الصريح لم يقع فبالكناية أولى. وإذا ادعى ذلك دين. لكنه هل يصدق قضاء أو لا؟.. الظاهر من كلام أحمد في رواية أبي الحارث، أنه يصدق إن كان في الغضب، ولا يصدق إن كان جواباً لسؤالها الطلاق. ونقل عنه في موضع آخر: أنه إذا قال: أنت خلية، أو برة، أو بائن، ولم يكن بينهما ذكر الطلاق، ولا غضب، صدق ففهموه أنه لا يصدق مع وجودهما. وقال صاحب المغنى: والصحيح أنه يصدق؛ لما روى سعيد بإسناده أن رجلاً خطب إلى قوم فقالوا: لا تزوجك حتى تطلق امرأتك فقال: قد طلقت ثلاثاً. فزوجوه ثم أمسك امرأته؛ فقالوا: ألم تقل إنك طلقت ثلاثاً؟ قال ألم تعلموا أنى تزوجت فلانة ثم طلقته، ثم تزوجت فلانة وطلقته، ثم تزوجت فلانة وطلقته فمثل عثمان عن ذلك فقال: «له بنته»، ولأنه أمر يعتبر بنيته فيه؛ فقبل قوله فيما يحتمل^(٢). كما لو كرر لفظاً وقال: أردت التوكيد.

تأثير النية في عدد الطلاقات

قال الإمام الحنفى في مختصره: قال أبو عبد الله: وإذا قال لها أنت خلية أو أنت برة، أو أنت بائن، أو حبلك على غاربك، أو الحق بأهلك، فهو، عندي، ثلاث ولكنى أكره أن أقي به، سواء دخل بها أو لم يدخل بها.

وقال صاحب المغنى : أكثر الروايات عن أبى عبدالله : كراهية الفتنيا في هذه الكتابات مع ميله إلى أنها ثلاث . وحكى ابن أبى موسى فى الإرشاد عنه روايتين :
إحداهما . أنها ثلاث .

والثانية - أنه يرجع إلى ما نواه . واختار هذه الرواية أبو الخطاب^(١) . وهو مذهب الشافعى ؛ قال : يرجع إلى ما نوى ، فإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة ، ونحوه قول النخعى ، إلا أنه قال : يقع طلقه بائنة ؛ لأن لفظه يقتضى البينة ولا يقتضى عددا . وروى حنبل عن احمد ما يدل على هذا ، فإنه قال : يريد ما من مهرها إن أرادت رجعتها . ولو وقع ثلاثاً لم يبرح له رجعتها . ولو لم تن لم يحتج إلى زيادة فى مهرها .

الدليل

احتج للرواية القائلة بأن الطلاق يقع ثلاثاً فيما لو قال الرجل لامرأته : أنت خلية أو أنت برية ، أو أنت بآن (وهى الرواية الراجعة فى المذهب) بما روى النجاد بإسناده عن نافع أن رجلاً جاء إلى عاصم وابن الزبير فقال : إن ظئرى هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجدان له رخصة ؟ فقالا : لا ، ولكننا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسلمهم ، ثم ارجع إلينا فأخبرنا ، فسألهم ، فقال أبو هريرة : لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، وقال ابن عباس : هى ثلاث . وذكر عن عائشة متابعتها .

وروى النجاد بإسناده أن عمر ، رضى الله عنه ، جعل البتة واحدة ، ثم جعلها ، بعد ، ثلاث تطليقات .

وهذه أقوال علماء الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم ، فكان إجماعاً ، ولأنه طلق امرأته بلفظ يقتضى البينة فوجب الحكم بطلاق

(١) المتى لابن قدامة الحنبل ج ٨ ص ٢٧١ .

تحصل به البينونة كما لو طلق ثلاثاً أو نوى الثلاث . وسأؤه للبينونة ظاهر في قوله : أنت بائن ، وكذا في قوله : البتة ؛ لأن البت القطع ، فكأنه قطع النكاح كله ؛ ولذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث ، كما قالت امرأة رفاعه : إن رفاعه طلقني فبت طلاقى . وبثله هو من القطع أيضاً ، ولذلك قيل في مريم : البتول لا تقطاعها عن النكاح . ونهى النبي ، صلى الله عليه وسلم ، عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالسكينة . وكذلك الخلية والبرية يقتضيان الخلو من النكاح والبراءة منه . وإذا كان للفظ معنى واعتبره الشارع إنما يعتبر فيها يقتضيه ويؤدى معناه . ولا سبيل إلى البينونة بدون الثلاث ^(١) ، فوقعت ضرورة الرفاء بما يقتضيه لفظه . ولا يمكن إيقاع واحدة بائن ؛ لأنه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق ، فكذلك بكتاياته . ولم يفرقوا بين المدخول بها وغيرها ؛ لأن الصحابة لم يفرقوا ، ولأن كل لفظة أوجب الثلاث في المدخول بها أو جبتها في غيرها كقوله : « أنت طالق ثلاثاً » .

الرد على من يخالف هذا الرأي

وناقش المؤيدون للرأى القائل بوقوع الثلاث بالفاظ السكينة الظاهرة متى نوى بها الطلاق ولو نوى واحدة أدلة مخالفهم فقالوا :

إن حديث ركانة بن عبد العزيز الذى فيه أنه طلق امرأته «سهيمة» البتة . ثم أخبر النبي : صلى الله عليه وسلم ، بذلك وقال : والله ما أردت إلا واحدة ؛ فقال رسول الله ، صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال ركانة : والله ما أردت إلا واحدة ، فردها إليه رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، فطلقها الثانية في زمن عمر ، والثالثة في زمن عثمان ، إن هذا الحديث ضعف إسناده أحمد فلذلك تركه .

(١) المصدر السابق ص ٢٧٣ والشرح الكبير على هامش المنى لابن قدامة ج ٨ ص ٢٩٦ .

أما ما روى من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون: «الحق بأهلك»، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يطلق ثلاثاً، بل لقد نهى عن ذلك، صلوات الله وسلامه عليه؛ فقد ناقش الحنابلة هذه الرواية قائلين: إن هذه الرواية لا دلالة فيها على أن هذه اللفظة «الحق بأهلك» لا تقتضي الثلاث.

أما القول بأن الكناية مع النية كالصریح . والصریح لا يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة؛ كقوله: «أنت طالق»، فهذا لا يفيد؛ لأنه مع التسليم بأن الكنايات مع النية كالصریح إلا أن الصریح ينقسم إلى ثلاث تحصل بها البينونة وإلى مادونها مما لا تحصل به البينونة، فكذلك الكناية تنقسم، فمنها ما يقوم مقام الصریح المحصل للبينونة وهو الكناية الظاهرة. ومنها ما يقوم مقام الواحدة وهو ما عداها (١).

تنبيه:

ظاهر كلام أحد الحرق، كما قال القاضي، أن الطلاق يقع بهذه الكنايات الظاهرة السابق ذكرها وهي (أنت بريئة - وأنت بائن - وأنت خلية - وحبك على غاربك) من غير نية كقول مالك؛ لأنه اشتهر استعمالها في الطلاق فلم تحتاج إلى نية كالصریح. ومفهوم كلام الحرق أن الطلاق لا يقع إلا بنية؛ فقد قال: «وإن أتى بصریح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه»، فمفهوم هذا الكلام أن غير الصریح لا يقع إلا بالنية، ولأن هذه العبارات من كنايات الطلاق فلا يثبت حكمها وهو الطلاق بغير نية كسائر الكنايات (٢).

توضيح وتلخيص لما تقسم:

يرى الحنابلة إن الكنايات ثلاثة أقسام:

- ١ - كنايات ظاهرة - ٢ - كنايات خفية - ٣ - كنايات مختلف فيها.

فإذا ما أتى المطلق بلفظ من ألفاظ الكنايات المذكورة فالحكم بالنسبة لعدد الطلقات الواقعة بها يختلف في كل نوع حسب التفصيل الآتي :

أولاً بالنسبة للكنايات الظاهرة

قال الحنابلة: لو قال الرجل لامرأته: «أنت بائن» أو «أنت بته» أو «بته» أو «خلية» أو «برية» أو «أمرك بيدك»، فالحكم في عدد الطلاق الواقع بها هو وقوع الثلاث، سواء دخل بها أو لم يدخل وسواء نوى ثلاثاً أو واحدة، متى نوى بالكناية الطلاق. وهذا هو الراجح والظاهر في المذهب، وروى حنبل عن أحمد ما يفيد أنه قال بوقوع طلقة^(١) بائنة في هذه الحالة. كما نقل عن أحمد، رحمه الله أيضاً، ما يفيد أنه قال يرجع إلى مانواه واختار الخطاب هذه الرواية. وقد بينا فيما سبق أدلة كل رأى فيرجع إليه.

ثانياً — بالنسبة للكنايات المختلف فيها :

أما الكنايات المختلف فيها ففي النوع الأول منها، وهي الكنايات المنصوص عليها، وهي: الحق بأهلك، وحبلك على غاربك، ولا سبيل لي عليك، وأنت على حرج، وأنت على حرام، وأذهب فتزوجي من شئت، وغطى شعرك، وأنت حرة، وقد اعتنك، فهذه عن أحمد فيها روايتان : الأول — أنه يقع بها ثلاث طلقات كالكنايات الظاهرة تماماً ..

الثانية — أنه يرجع إلى مانواه ؛ فإن نوى الطلاق الثلاث فثلاث، وإن نوى فثنتين فثنتان، وإن نوى واحدة أو لم ينو شيئاً فواحدة كسائر الكنايات. أما النوع الثاني من الكنايات المختلف فيها، وهي المقبسة على الكنايات المنصوص عليها، مثل استبرقي رحمك، نوحلت للأزواج، وتقنمي، ولا سلطان لي عليك، فهذه في معنى المنصوص عليها، فيكون حكمها حكماً.

(١) المنى لابن قدامة الحنبلي ٨ ص ٢٧٤ — ٢٧٦ — والشرح الكبير

على هامش المنى ج ٨ ص ٦

والصحيح في قول الرجل لامرأته (١) : «الحق بأهلك ، أنه يقع طلاق واحدة ولا يقع بها الثلاث إلا بنية ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون : «الحق بأهلك ، متفق عليه ، ولم يكن النبي ، صلى الله عليه وسلم ، ليطلق ثلاثا وقد نهى أمته عن ذلك . قال الأنرم : قلت لأبي عبد الله : إن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون : «الحق بأهلك ، ولم يكن طلاقا غير هذا ، ولم يكن النبي ، صلى الله عليه وسلم ، ليطلق ثلاثا ، فيكون غير طلاق السنة ، فقال : لا أدري . كذلك قول الرجل لامرأته : «اعتدى أو استبرئ رحمك ، لا يختص بالثلاث ، فإن ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث . وقد روى أبو هريرة عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، أنه قال لسودة ابنة زمعة : «اعتدى ، فجعلها تطليقة . وروى هشيم : أنبأنا الأعشى عن المنهال بن عمرو أن نعيم بن دجاجة الأسدي طلق امرأته تطليقتين ، ثم قال : هي على حرج . وكتب في ذلك إلى عمر ابن الخطاب فقال : أما إنها ليست بأهونهن .

قال صاحب المغني : « وأما سائر اللفظات (٢) فإن قلنا هي ظاهرة فلا ن معنى الظاهرة ، فإن قوله : «لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك ، إنما يكون في الميتة ، أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان . وقوله : «أنت حرة ، أو «أعفتك ، يقتضى ذهاب الرق عنها وخلوصها منه ، والرق ههنا النكاح . وقوله : «أنت حرام ، يقتضى يبنوتها منه ؛ لأن الرجعية غير محرمة . وكذلك «حللت للأزواج ، أى بعد انقضاء عدتك ؛ إذ لا يمكن حلها قبل ذلك ، والواحدة تحملها . وكذلك أنكحى من شئت وسائر الألفاظ يتحقق معناها بعد انقضاء عدتها (٣) . »

(١) المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٢٧٤ - ٢٧٥ - ٢٧٦ - والشرح الكبير على

هامش المغني ج ٨ ص ٢٩٦

(٢) يقصد صاحب المغني بقوله : « وأما سائر اللفظات » أى سائر اللفظات المختفيا بها هل هي من السكنائيات الظاهرة أو لا ؛ وهى : « حبلك على فاربك » و « لا سبيل له عليك » و « أذهي فتزوجي من شئت » إلى آخر هذه الألفاظ .

(٣) المغني لابن قدامة ج ٨ ص ٢٧٦ .

ثانياً : بالنسبة للكنائيات الخفية

أما بالنسبة للكنائيات الخفية نحو أخرجني ، واذهي ، وذوق ، وتجري ، وأنت مخلاة ، واختاري ، ووهبتك لأهلك ، وسائر ما يدل على الفرة ويؤدي معنى الطلاق سوى ما تقدم ذكره ، فهذه يقع بها الطلاق الثلاث إن نوى ثلاثاً ، واثنان إن نواهما ، وواحدة إن نواها ، أو أطلق : قال أحمد : ما ظهر من الطلاق فهو على ما ظهر ، وما عني به الطلاق فهو على ما عني مثل : « حبلك على غاربك » ، إذا نوى واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً فهو على ما نوى ومثل : « لاسبيل لي عليك » . وإذا نص في هاتين على أنه يرجع إلى نيته ، فكذلك سائر الكنائيات (١) .

الظاهرية

لا يقع الطلاق بالكناية

بين ابن حزم أن ما عدا ألفاظ الطلاق ، أو السراح ، أو الفراق لا يقع به الطلاق ، فإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق ، مطلقة ، أو قد طلقتك ، أو أنت طالقة ، أو أنت الطلاق ، أو أنت مسرحة ، أو قد سرحتك ، أو أنت السراح ، أو قد فارقتك ، أو أنت الفراق ، ونوى بذلك الطلاق وقع الطلاق . ولا يقع طلاق بما عدا واحد من الألفاظ الثلاثة السابقة ، نوى بها طلاقاً أو لم ينو . لا في الفتيا ولا في القضاء ؛ فلا يقع الطلاق بقول الرجل لامرأته : « أنت خلية » ، أو « برة » ، أو « أنت مبرأة » ، أو « قد بارأك » ، أو « حبلك على غاربك » ، أو « ووهبتك لأهلك » . ثم قال ابن حزم : إن بعض هذه الكنائيات نقل عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، أنه قالها . فقد ورد أنه ، صلى الله عليه وسلم ، لما أدخلت عليه ابنة الجون ودنا منها ، قالت له : أعوذ بالله منك فقال لها رسول

الله، صلى الله عليه وسلم : لقد عذت بعظيم ... «الحق بأهلك» . وهذا الخبر لا حجة فيه لمن ادعى أنه إذا قال الرجل لامرأته «الحق بأهلك» تطلق زوجته . وذلك لأن ابنة الجون لم تكن زوجة لرسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، وقت أن قال لها : «الحق بأهلك» ، فقد ورد من طريق البخارى عن حمزة بن أبى أسيد عن ابيه أنه كان مع رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، وقد أوتى بالجونية ، فأنزلت في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل في نخل ومعهما . دايتها فدخل ، عليه الصلاة والسلام . عليها فقال لها : هي لى نفسك قالت : وهل تهب الملسكة نفسها لسوقة ؟ فأهوى ليضع يده عليها لتسكن ، فقالت : أعوذ بالله منك ؛ فقال قد عذت بمعاذ ، ثم خرج ، فقال : يا أبا أسيد اكسها رازقين^(١) . وألحقها بأهلها . كما روى من طريق مسلم : حدثني سهل اخبرنا ابن ابى مريم هو سعيد - اخبرنا محمد - هو ابن مطرف أبو غسان - اخبرني أبو حازم عن سهل بن سعد قال : ذكرت لرسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، امرأة من العرب فأمر أبا أسيد أن يرسل اليها ، فأرسل اليها فقد مت في أجم^(٢) بنى ساعدة ، فدخل رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، فلما كلمها قالت : أعوذ بالله منك ، قال : «قد أعدتك منى» فقالوا لها أتدرين من من هذا ، قالت : لا ؛ قالوا : هذا رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، جاءك ليخطبك ، قالت : أنا كنت أشقى من ذلك .

فهذه كلها أخبار عن قصة واحدة في امرأة واحدة في مقام واحد ، فلاح أنه ، عليه الصلاة والسلام ، لم يكن تزوجها بعد ، وإنما دخل عليها ليخطبها ، وبذلك بطل تعلق من ادعى وقوع الطلاق بالكناية استنادا إلى قوله ، صلى الله عليه وسلم ، لابنة الجون «الحق بأهلك» . ثم لو صح أنه ، عليه الصلاة والسلام ، كان قد تزوجها ، فليس فيه أنه ، عليه الصلاة والسلام ، ذكر أنه إنما طلقها بقوله

« الحق بأهلك ، ولا تحل النكاحات الصحاح إلا بيقين . » وقد نقل أن عبد الرحمن بن كعب قال : سمعت كعب بن مالك يحدث حديث تحلفه عن تبوك فذكر فيه أن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، أرسل إليه بأمره أن يعتزل امرأته ، قال : فقلت لرسوله : أطلقها أم ماذا أفعل ؟ قال : لا ، بل اعتزلها ، فلا تقربها ، قال كعب : فقلت لامرأتي : « الحق بأهلك فكوفي فيهم حتى يقضى الله في هذا الامر ، فهذا كعب لم ير « الحق بأهلك » من ألفاظ الطلاق ، ولا يعرف له مخالف في ذلك من الصحابة رضي الله عنهم : كما روى عن قتادة ، رضي الله عنه ، قال : « ليس ذلك شيء »^(١) .

أما الاحتجاج على وقوع الطلاق البائن بقول الرجل لامرأته أنت بائن ، بالخبر الثابت من طريق أحمد بن شعيب أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي بكر ابن أبي الجهم قال : دخلت على فاطمة بنت قيس ، فذكرت الحديث ، وفي آخره . « وكان زوجها طلاقا بائنا . فهذا الخبر لاحجة فيه ، لأنه ليس من لفظها ، إنما هو من لفظ من دونها . وليس فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع هذه اللفظة فجعلها طلاقا ، ولا حجة فيمن دونه ، عليه الصلاة والسلام ، قال ابن حزم : وقد ذكرنا في باب طلاق الثلاث مجموعة كيف كان طلاق فاطمة بنت قيس . واختلف عن السلف في ذلك ، فصح ما رويناه عن شعبة : حدثنا عطاء بن السائب حدثني أبو البحتري عن علي بن أبي طالب أنه قال ، في البائنة ، هي ثلاث . ومن طريق عبد الرازق عن معمر عن الحسن والزهرى أنها كانا يجعلان البائنة بمنزلة الثلاث ، ... »

وقوع الثلاث بالفاظ الكناية :

بعد أن ذكر ابن حزم عدة روايات احتج بها من عده على وقوع الطلاق

البائن والثلاث بالفاظ الكناية - ذكر الخبر الذي يراه صحيحاً ويحتج به دون غيره في أمر طلاق فاطمة بنت قيس، ورواه بعدة أسانيد؛ مرة عن طريق مسلم، ومرة عن طريق أحمد بن شعيب فقال: وأما البات والبتة فروينا من طريق مسلم: حدثنا عبيد الله بن معاذ العنبري أخبرنا أبو شعبة حدثني أبو بكر - هو ابن أبي الجهم - أنه دخل على فاطمة بنت قيس لحدثته أن زوجها طلقها طلاقاً باتاً .

ومن طريق مسلم أيضاً حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا محمد بن بشر حدثنا محمد بن عمرو حدثنا أبو سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس قالت: كنت عند رجل من بني مخزوم فطلقني البتة، وذكرت الحديث .

وعن طريق مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطت (وفي رواية فسخطته) فقال: والله مالك علينا من شيء، فجاءت رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فذكرت ذلك له، فقال لها: « ليس لك عليه نفقة » وذكرت الحديث .

ومن طريق مسلم حدثنا عمرو الناقد، حدثنا سفيان الزهري، عن عروة عن عائشة أم المؤمنين، قالت: جاءت امرأة رفاعة إلى النبي، صلى الله عليه وسلم، فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فبثت طلاقاً فنزجت عبد الرحمن ابن الزبير؛ وإن مامعه مثل هدبة الثوب، فقال عليه الصلاة والسلام: « أتريدن أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا .. حتى تذوق عسيلته، ويذوق عسيلتك » .

كذلك روى أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته « سبيعة » البتة، فأخبر رسول الله، صلى الله عليه وسلم، بذلك وقال: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله، صلى الله عليه وسلم .

وروى عن طريق أبي داود حدثنا سليمان بن داود العمسكي، حدثنا

جرير بن حازم عن الزبير بن سعيده هو الهاشمي عن جده ، أنه طلق امرأته البتة ، فأتى رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، فقال : ما أردت ؟ قال : واحدة ، قال : الله ؟ قال : آله . قال ، عليه الصلاة والسلام : هو على ما أردت .

أما ما روى في هذا الموضوع عن دونه ، صلوات الله وسلامه عليه ، فمن ذلك ما نسب إلى علي بن أبي طالب أنه قال في البتة ، هي ثلاث . كما روى عن عمر بن الخطاب ، منقطعاً ، مثل ما تقدم ، وروى عنه قول ثان : فقد روى عن طريق شعبة عن اسحاق الشيباني عن عبد الله بن شداد بن الهادي عن عمر بن الخطاب أنه قال : البتة واحدة وهو أحق بها .

وروى من طريق عبد الرزاق حدثنا ابن جريج أخبرني عمرو بن دينار أخبرني محمد بن عباد بن جعفر الخزومي أن المطلب بن حنطب جاء إلى عمر ابن الخطاب فقال له : إني قلت لامرأتي : « أنت طالق البتة » فبلا عمر : « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » ثم تلا : « ولو أنهم فعلوا ما يوعظون به لكان خيراً لهم » الواحدة ثبت . إرجع إلى أهلك^(١) .

مناقشة ابن حزم أقوال جمهور الفقهاء

قال ابن حزم بعد أن سرد ما تقدم من أدلة : وقد قلنا ، ونقول : لا حجة في قول أحد دون رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، لا سيما في أقوال مختلفة لا برهان على صحة شيء منها ، فلم يبق إلا الآثار عن النبي ، صلى الله عليه وسلم ، فأما التي من طريق فاطمة فقد بينا ، قبل ، أنه قد صح أن طلاق زوجها لما كان ثلاثاً ... هكذا أو آخر ثلاث ، ومفاد ذلك أن يفهم قول من قال في خبرها : البتة ، أو بدت طلاقها ، أنه إنما عني ، من عند نفسه آخر ثلاث

طاقات . وبذلك لا يكون في هذا الخبر حجة لمن تعلق به في إثبات وقوع الطلاق بلفظ الكتابة لا ثلاثاً ولا واحدة .

وأما حديث امرأة رفاعه فكذلك أيضاً . يؤيد ذلك ما رواه عبد الرزاق عن عمر عن الزهيري عن عروة عن عائشة رضى الله عنها أن رفاعه القرظي طلق امرأته فجاءت إلى النبي، صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن رفاعه طلقها آخر ثلاث تطليقات وذكرت الخبر ففسر عبد الرزاق عن معمر ما أجله غيره .

أما خبر ركانة بن عبد العزيز فقد ورد من طريق عبد الله بن يزيد عن نافع عن عجير وكلاهما مجهول ، فلا حجة فيه .

أما حديث الزبير بن سعيده فهو ضعيف والزيبر متروك الحديث فبطل التعلق به .

والخلاصة :

قال ابن حزم : وما تقدم يتضح أنه لا صحة لدليل يحتج به على وقوع الطلاق بالكتابة لا ثلاثاً ولا واحدة . ولا يحل تحريم فرج على من أباحه الله عز وجل له، وأباحته لمن حرمه الله عليه، بغير قرآن ولا سنة، لاسيما قول مالك وأبي حنيفة، فلا يعرف أحد قال بهما قبلهما .

الطلاق بلفظ اعتدى

قال ابن حزم : وأما « اعتدى » فإن بعض من لا يبالي بنصر ضلاله ، بأن يورد الكذب المفتري على رسول الله، صلى الله عليه وسلم، قد ادعى أن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، قال لسودة أم المؤمنين « اعتدى » فكان طلاقاً، ثم راجعها ،

وهذا كذب موضح، فاصح، قط، أن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، طلق امرأة من نسائه إلا حفصة، فقط، ثم راجعها. وأما سودة، فلا. إنما جاء فيها أنها وهبت يومها وليتها لما أسنت لعائشة رضي الله عنها، وجاء أنه، عليه الصلاة والسلام، أراد فراقها، فلما رغبت إليه عليه الصلاة والسلام في إمساكها، وتجعل يومها وليتها لعائشة لم يفارقها. وأما ما نقل عن بعض الصحابة وغيرهم من أقوال تفيد وقوع الطلاق بها كالذي روى عن ابن مسعود من أنه قال: إنها طلقة، وروى هذا أيضاً عن إبراهيم ومكحول والأوزاعي، كما روى عن الشعبي هي واحدة، نوى ثلاثاً أو أقل، فهذه شرائع لا تقبل من أحد إلا من رسول الله، صلى الله عليه وسلم، عن الله تعالى، الذي لا يسأل عما يفعل. وأما من دونه فهي ضلالات ووساوس وتلاعب ونعوذ بالله تعالى من الخذلان.

بقية ألفاظ الكناية

قال ابن حزم: أما الألفاظ التي فيها آثار عن الصحابة رضي الله عنهم لا عن النبي، صلى الله عليه وسلم^(١)، فهي الخلية، وقد خلوت مني، والبرية، وقد بارأئك، وأنت مبرأة، وحبك على غاربك، والحرج، والتخير، والتملك، وقد وهبتك. فأما التحريم والتخير والتمليك وقد وهبتك فقد ذكرنا ما ونذكر البواقي ما هنا إن شاء الله تعالى. ثم أفاض ابن حزم في بيان الآثار الواردة في وقوع الطلاق بهذه الألفاظ، وأنهى إلى رؤية القائل بعدم وقوع الطلاق بها، قائلاً: إنه لا يحل تحريم فرج محلل يحكم الله عز وجل وتحليل فرج محرم يحكمه تعالى بغير نص. وهذه الألفاظ لا نص في وقوع الطلاق بها من قرآن أو سنة وما ورد بخصوص هذه الكنايات هو عن غير رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فلا حجة في ذلك لا لأحد.

دون رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما حبلك على غاربك ، فما ورد فيها هو أن عمر كتب أن يجلب إلى مكة رجل من العراق قال لإمرأته : حبلك على غاربك . فأحلفه عند الكعبة ماذا أراد ، فقال : أردت العراق . فقال عمر : فهو ما أردت ، فجمع هذا الحكم ثلاثة أوجه ، أحدها التحليف ، والثاني الاستجلاب فيه من العراق إلى مكة ، والثالث أنه على مانوى . وهذا أيضاً لاحجة فيه إذ لا يعتبر فعل عمر نصاً تشريعياً ؛ لأنه لاحجة في أحد دون رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، فلا طلاق إلا ما كان بلفظ الطلاق أو ما سماه الله عز وجل طلاقاً . وألفاظ الكناية ليست من هذا كله^(١) .

الشيعة الإمامية

الكنايات لا يقع بها طلاق

يرى الشيعة الإمامية ، كما يرى الظاهرية ، عدم وقوع الطلاق بألفاظ الكنايات مطلقاً ولذا قالوا بعدم جواز إيقاع الطلاق بلفظ : أنت خلية ، أو برة أو أنت بنة ، أو بنة ، أو حرام ، أو بائن ، أو أعتدى ، وإن قصد الطلاق : لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت شرعاً ما يزيله .

صريح الطلاق

وانفرد الإمامية عن الظاهرية في قصرهم وقوع الطلاق بصريح الطلاق في لفظة طالق فقط فيقع طلاق الزوجة إذا قال لها زوجها أنت طالق وأشار إليها أو إذا قال فلانة طالق ، أو هذه طالق أو زوجتي طالق . وينحصر عندهم ، في أشهر الأقوال ، وقوع الطلاق بلفظ طالق ، فقط ، إذا أضيفت إلى محل صالح لوقوع الطلاق فيه^(٢) . قال صاحب المختصر النافع : « الركن الثالث ، في الصيغة ، يقتصر على طالق تحصيلاً لموضع الاتفاق ، ولا يقع بخلية ولا برة ، وكذا لو قال : « أعتدى »^(٣) .

(١) المحل لابن حزم ج ١٠ ص ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٦ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية لجبى العالم ج ٢ ص ١٤٧ .

(٣) الإمام أبو القاسم نجم الدين جعفر . الحسن المحلى المختوف ١٦٧ ص ٨ .

الطلاق الرجعي والطلاق البائن

المذهب الحنفي

الطلاق الرجعي : هو الذي يملك ، الزوج ، بعده أن يعيد المطلقاة إلى الزوجية من غير عقد جديد مادامت في العدة .

الطلاق البائن : هو الطلاق الذي لا يملك المطلق ، بعده ، أن يعيد مطلقته إلى عصمته بدون عقد جديد ولو كانت في العدة .

والطلاق البائن قسيمان : (١) بائن ، يبنونة صغرى وهو : الذي لا يستطيع الرجل ، بعده ، أن يعيد المطلقاة إلا بعقد جديد ومهر .

(٢) بائن يبنونة كبرى ، وهو : الذي لا يستطيع الرجل بعده ، أن يعيد المطلقاة الى الزوجية إلا بعد أن تزوج بزوجة أخرى ، زواجا صحيحا ، ويدخل بها دخولا حقيقيا ، ثم يفارقها أو يموت عنها . وتنقضى عدتها منه . وفيما يلي الحالات التي يكون فيها الطلاق رجعيا ، والحالات التي يكون فيها الطلاق بائنا

أولا - حالات الطلاق الرجعي

يكون الطلاق رجعيا فيما يلي :

١ - إذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقي بلفظ من مادة الطلاق أو التطلق غير مقترن بعوض ، ولا بعدد ولا موصوف بوصف الشدة ، أو القوة ، أو نحوهما ، ولا بما يفيد معنى اليبونة والانفصال ، ولم يكن على مال ولا مكلا للثلاث .

٢ - وكذلك إذا كان به لا حول بلفظ من ألفاظ الكناية التي لا تنفي معنى الشدة والفصل التام من رابطة الزوجية : مثل : اعتدى ، واستبرئني رحمك ، وأنت واحدة

جاء في البدائع : « واما الصريح الرجعي فهو أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بموض ولا بعدد الثلاث ، لانصا ، ولا إشارة ، ولا موصوفا بصفة تنبيء عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ، ولا مشبه بعدد أو وصف تدل عليها^(١) ،

وجاء في البدائع أيضا : « واما الكناية فتلاثة ألفاظ من الكنایات راجع بلا خلاف ، وهي قوله : « اعتدى ، واستبرئ رحمك وأنت واحدة . أما قوله : « اعتدى ؛ فلما روى عن أبي حنيفة أنه قال : القياس في قوله اعتدى أن يكون بانئا وإنما اتبعنا الأثر وكذا قال أبو يوسف القياسي أن يكون بانئا وإنما تركنا القياس لحديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، قال لسودة بنت زمعة رضي الله عنها : « اعتدى ، فناشدته أن يراجعها لتجعل يومها لعائشة رضي الله عنها حتى تحشر في جملة أزواجه صلى الله عليه وسلم ، فراجعها ورد عليها يومها ، ولأن قوله : « اعتدى أمر بالاعتداد ، والاعتداد يقتضي سابقة الطلاق ، والمقتضى يثبت بطريق الضرورة فيقدر بقدر الضرورة . والضرورة ترتفع بالأقل ، وهو الواحدة الرجعية ، فلا يثبت ماسواها . ثم قوله اعتدى إنما يجعل مقتضيا للطلاق في المدخول بها . وأما في غير المدخول بها فإنه يجعل مستعارا من الطلاق . وقوله : « استبرئ رحمك ، تفسير قوله اعتدى ؛ لأن الاعتداد شرع للاستبراء فيفيد ما يفيد قوله اعتدى . وأما قوله ، « أنت واحدة ، فلأنه لما نوى الطلاق فقد جعل قوله واحدة نعتا لمصدر محذوف وهو الطلقة كأنه قال أنت طالق طلقة واحدة ، كما يقال أعطيتك جزلا أي عطاء جزلا^(٢) .

ثانيا - حالات الطلاق البائن

يكون الطلاق بانئا في الأحوال الآتية :

أولا الصريح البائن :

١ - الطلاق قبل الدخول الحقيقي ، فهو ، حيثئذ ، لا يقبل الرجعية ؛ لأن

(١) إبانع المنائع للكاساني - ٣ من ١٠٩ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٢ .

(٢) المصدر السابق ذات الجزء ، ص ١١٣ .

المراجعة لا تكون إلا في العدة ؛ والطلاق قبل الدخول لعدة فيه .
والخلوة - ولو كانت صحيحة - لا يكون لها هنا حكم الدخول الحقيقي ؛
فالطلاق بعد الخلوة المجردة يقع بائنا ، قصد الاحتياط . وهذا من المواضع
التي تخالف الخلوة فيها الدخول الحقيقي .

٢ - إذا كان لفظ الطلاق مقرونا أو موصوفا بالشدة أو القوة أو بما
يفيد اليقونة ، كقول الرجل : أنت طالق طلقة شديدة ، أو قوية ، أو طويلة ،
أو عريضة ، فإن المراد بالطول والعرض الشدة والقوة ، وكقوله : أنت
طالق طلقة بائنة ، أو أنت طالق البتة . وكذلك قوله : أنت طالق طلقة
تملكين بها نفسك ، فإنها لا تملك نفسها إلا بالطلاق البائن .

٣ - إذا كان الطلاق في مقابلة عوض من جهتها ، فإن المقصود من
العوض أن تملك بالطلاق نفسها وتخلص لها عصمتها ، وذلك لا يكون إلا
بالطلاق البائن .

٤ - إذا كانت الطلقة مكملة للثلاث ، فإنه تثبت بها اليقونة الكبرى .
وكذلك إذا كانت صيغة الطلاق مقرونة بعدد الثلاث ، لفظا ، أو بالإشارة ،
ففي كل هذه الأحوال يقع الطلاق بائنا دون توقف على نية المطلق .

ثانياً - الكتابة التي تفيد اليقونة :

٥ - إذا قال الرجل لامرأته : أنت خالصة . أو أنت حرام ، أو قال : على
الحرام لأفعلن كيت وكيت أولاً فله ، فإن هذا أيضاً ملحق بالصريح الذي
لا يتوقف على نية . والواقع به طلاق بائن ؛ لأنه يفيد معنى الشدة والفصل
التام من رابطة الزوجية

٦ - الكتابات التي تفيد معنى الشدة والفصل التام . مثل أنت بائن أو
أنت طالق البتة ونحو ذلك (١) .

المذهب المالكي

الطلاق الرجعي

قال المالكية بوقوع الطلاق رجعيا بصريح الطلاق إذا لم ينو به الثلاث . وذلك في المدخول بها؛ قال الامام أبو الحسن^(١) : (وطلاق السنة مباح وهو أن يطلقها في طهر، لم يقربها فيه، طلقة واحدة، ثم لا يتبعها طلاقا حتى تنقضي العدة، وله الرجعة في التي تحيض، ما لم تدخل في الحيضة الثالثة في الحرة أو في الثانية في الأمة) ؛ لأن أسباب الزوجية باقية بينهما ما عدا الوطء . . وقال العلامة الشيخ علي العدوي : د قوله . وله الرجعة في التي تحيض (أي وطلقت دون الثلاث في غير زمن حيض . أما التي طلقت زمن الحيض فيـ اجمعها ما لم تدخل في الرابعة إن كانت حرة أو الثالثة إن كانت أمة ، فإن دخلت الحرة في الرابعة ، والأمة في الثالثة، حلت للأزواج .)^(٢)

وكذلك يكون الطلاق رجعيا إذا أطلقها بلفظ من ألفاظ السكينة الظاهرة بأن قال لها اعتدي وصدق إذا ادعى انه ما قصد بهذا اللفظ إيقاع طلاق . وكانت هناك قرينة (بساط) تدل على صدقه فيما يدعيه بأن قال : أردت ان تعد النقود، وكان قد أعطاها فقودا ساعة تلفظه بلفظ اعتدي ، :
أما حالات الطلاق البائن فينها المالكية كما يلي :

١ - المطلقة قبل الدخول .

٢ - المطلقة ثلاثا بعد الدخول .

٣ - المطلقة بلفظ من الفاظ كنيات الطلاق الظاهرة ونوى البينة .
أو إذا أطلقها بلفظ أنت بته ، أو حبلك على غاربك ، أي عصمتك على كفئك، كناية عن كونه لم يكن له عليها عصمة كالممسك بزمام دابة يرميه على كفها .

(١) حاشية العلامة الشيخ علي العميدى العدوي على شرح الامام أبي الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني في مذهب سيدنا الامام مالك - ص ٢٥ ص ٧٠

(٢) المصدر السابق . حاشية العلامة الشيخ علي العميدى على شرح أبي الحسن ج ٢ ص ٦١

٤ - الخلع - والخلع طلاق لا رجعة فيها وإن لم يسم طلاقاً^(١) .
 ٥ - المطلقة بصريح الطلاق ونوى به الثلاث دفعة واحدة ، فإذا قال الرجل لامرأته : «أنت طالق» وادعى أنه أراد بذلك ثلاثاً ، قال مالك : هو ما نوى ، وقد لزمه^(٢) قال صاحب الشرح الكبير : ويلزم المطلق بصريح الطلاق : «أنت طالق» ، وأنت مطلقة ، وأنا طالق منك - طلاق واحدة إلا لنية أكثر فيلزمه ما نواه^(٣) - وقال الإمام أبو الحسن : ومن قال لزوجته أنت طالق البتة فهي ثلاثة ، في التي دخل بها أو لم يدخل بها ولا ينوى . ما ذكره هو مذهب المدونة وشهره ابن بشير ، وقيل ينوى إن لم يدخل وشهره ابن الحاجب فيها وفي سائر الكنايات الظاهرة . فإن قال لها «أنت برية» أو «خليفة» أو «حبلك على غاربك» فهي ثلاث في التي دخل بها وينوى عدد الطلاق لا في إرادة غير الطلاق في التي لم يدخل بها^(٤) .
 وقال العلامة الشيخ على الصميدى العدوى : المشهور في المذهب أن الرجل لو قال لزوجته : «حبلك على غاربك» يلزمه الثلاث مطلقاً دخل أو لم يدخل . والحاصل أن الكناية الظاهرة على ثلاثة أقسام : ما يلزم فيه الثلاث مطلقاً ، ولا ينوى ، وذلك في بنة ، وحبلك على غاربك على المعتمد ، وما يلزم فيه الثلاث حتى يدعى بنة أقل في غير المدخول بها ، وما يلزم فيه الثلاث ابتداء حتى يدعى بنة أقل حتى في المدخول بها فيقبل كما إذا قال لها : خليت سديك^(٥) . وقال الفقيه أبو الحسن : «ومن قال لزوجته أنت طالق فهي واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك^(٦)» .

تفسيه

قال العلامة الشيخ على الصميدى جميع ما تقدم من الصريح والكناية حيث لا بساط ، وأما لو رفعت بينة أو كان عند المقتي وادعى أنه لم يرد الطلاق

(١) المصدر السابق ، حاشية العلامة الشيخ على الصميدى على شرح أبي الحسن ج ٢ ص ٦١

(٢) بداية الجهد لعلامة ابن رشد ج ٢ ص ٧٤ .

(٣) الموسوع على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٧٨ .

(٤) حاشية ١٢٠٤ الشيخ على الصميدى العدوى على أبي الحسن ج ٢ ص ٦٢ .

بهذا اللفظ فإنه يصدق إن دل بساط (قرينة) على نفي الطلاق ، لكن عند القاضي حيث رفعته بينة يمين ، وإن كان مستفتياً صدق بلا يمين . قال المتيطى : إن قال لمن طلقها هو أو غيره قبله يا مطلقة ، وزعم أنه لم يرد طلاقاً ، وإنما قصد الإخبار بما حصل لها أو أكثرت في مراجعته على غير شيء فقال لها على طريق التشبيه : يا مطلقة ، وادعى إنما أراد يا مثل المطلقة في طول اللسان وقلة الأدب ، فإنه يصدق في ذلك ، أو قال لها : أنت كالمينة أو كالدلم ، وادعى أنه أراد في الراحمة ، أو أردت يائناً منفصلة إذا كان بينهما فرجة . أو أنت كالدلم في الاستقذار إذا كانت رأتحتها قدرة أو كرهية . وقولهم : إن الطلاق يلزم به ولو هازلاً ما لم يكن بساط ، وإلا فيصدق كما لو كانت موثقة وقالت : أطلقنى فقال لها : أنت طالق . وأعلم أن محل لزوم الطلاق في نحو حبلك على غاربك إذا كان العرف يستعملها في الطلاق ، وإلا كانت كناية خفية . فإن اعتاد ذلك أو اعتاده أهل بلده وأولى لو كان عادة الجميع لزم الطلاق به ، وإلا فلا حتى ينوى الطلاق^(١) .

المذهب الشافعى

يرى الشافعية أن كل طلاق يقع رجعياً إلا إذا كان قبل الدخول ، أو كان على مال كافى الخلع ، أو كان مكملًا للثلاث ، أو مقترناً بعدد الثلاث . وعلى هذا المذهب لا يقع بشيء من ألفاظ الكناية إلا الطلاق الرجعى ولو نوى بها البائن .

وحجتهم في ذلك من وجهين :

(الأول) أن صريح لفظ الطلاق الذى لا يحتمل معنى آخر غير الطلاق لا يقع به إلا الطلاق الرجعى بالاتفاق ، فيكون الواقع بالفاظ الكناية رجعياً بالطريق الأولى ؛ لأن الكناية أضعف من النصريح ،

لاحتماها الطلاق وغيره ، فلا يثبت بها ما هو أشد من الثابت بالصریح .
(الثاني) ان كون الطلاق رجعياً ، أو بائناً هو من الأوضاع
الشرعية التي لا تتأثر بالإرادة والنية ، فقصد البينة من لفظ هو أدنى
من اللفظ الصريح الذي شرع به الطلاق الرجعي يكون تغييراً لتلك الأوضاع .

مناقشة ما احتج به الشافعية

وقد ناقش الأحناف ما استدلل به الشافعية فقالوا :

أولاً - القول بأن الكناية أضعف من الصريح في إرادة الطلاق لأنها
تحتمل معنى آخر غير إرادة الطلاق فحي لم يقع بصریح الطلاق إلا طلاقاً
رجعياً فيكذلك ما كان أضعف من الصريح وهو الكناية فلا يقع بها
إلا الطلاق الرجعي ... هذا القول مردود بأن كنبات الطلاق لم يثبت
بها الطلاق البائن إلا عند زوال إحتمال إرادة غير الطلاق ، ولا
ثبتت بها البينة مع ذلك إلا من حيث أنها تفيد الانفصال من الزوجية
انفصالاً شديداً . وهذا هو الطلاق البائن الشديد .

ثانياً - القول بأن الأوضاع الشرعية لا تتأثر بالإرادة والنية ، وأن قصد
البينة من لفظ هو أدنى من اللفظ الصريح الذي شرع به الطلاق الرجعي
يكون تغييراً لتلك الأوضاع ... هذا القول غير مسلم به : لأنه قد عهد في
الشرعة ما يدل على وقوع البينة بالفاظ الكناية ، فقد روى أبو داود في
سننه ورواه الشافعي في كتاب الأم أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته^(١)
« سبيعة » ألبنة ، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال له ما أردت إلا
واحدة . فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « والله ما أردت إلا واحدة » ،
فقال ركانة : « والله ما أردت إلا واحدة » ، فردها إليه رسول الله صلى الله
عليه وسلم .

(١) في بدائع السنان لكاساني ٣ ص ١١٢ ... وإن ركانة بن زيد أو زيد بن ركانة
طلق امرأته ألبنة خلفه وسماها « سبيعة » (وهي ما أورد بهما الثلاث)

ووجه الاستدلال في الحديث : هو أن ركاة لو أراد بلفظ « ألبنة » أكثر من طلقة واحدة لوقع ما أراده وثبتت به البيئونة ، وإلا لما كان هناك معنى لسؤال النبي صلوات الله وسلامه عليه له وتقريره باليمين بالله أنه لم يرد بذلك اللفظ غير واحدة فإذا صح أن يراد بهذا اللفظ البيئونة الكبرى فثبت هذه البيئونة ، فإنه يصح أن يراد به البيئونة الصغرى وتقع أيضاً ويكون جميع ذلك من الشرع^(١) .

المذهب الحنبلي

الطلاق الواقع بكتابات الطلاق

في المذهب الحنبلي رأيان ، هما :

(الأول) أنه يقع بالكتابة الظاهرة ثلاث طلقات وإن نوى واحدة لأنه قول علماء الصحابة ، ومنهم ابن عباس وأبو هريرة وعائشة . ويقع بكتابة خفية طلقة رجعية في مدخول بها لأن مقتضاها الترك كصریح الطلاق دون البيئونة فإن نوى بخفية أكثر من واحدة وقع ما نواه ؛ لأنه لفظ لا يتنافى العدد فوجب وقوع ما نواه به .

وتقريباً على هذا الرأي يكون الطلاق الرجعي ما وقع بصریح الطلاق إلا إذا كان قبل الدخول أو كان على مال ، أو كان مكلاً للثلاث ، أو كان مقترناً بعد الثلاث ، أو كان بكتابة ظاهرة ، أو كان بكتابة خفية ونوى بها الثلاث^(٢) .

(الثاني) ما قاله صاحب المفتى^(٣) ، وقال إنه الراجح في المذهب ، وهو :

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٠٨ ، وضع القدير ج ٣ ص ٩٥ .

(٢) المفتى لابن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٧٧٧ .

(٣) المصدر السابق نفس الجزء والصفحة

أن الطلاق الوقع بكتابات الطلاق طلاق رجعي ما لم يقع الثلاث ؛ لأنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فوجب أن يكون رجعياً كصريح الطلاق .

هبة الزوج زوجته

إذا وهب الزوج زوجته لأهلها أو لنفسها أو لأجنبي . فلا يخلو الحال من أن يحصل قبول من الموهوب له للهبة أو لا يحصل ، فإن قبلها أهلها ، أو قبلت هي الهبة (إن كان الزوج قد وهبها نفسها) أو قبل الأجنبي الهبة (في حالة ما إذا وهبها لأجنبي) . فتطلق الزوجة طائعة واحدة يملك الرجعة إن كان مدخولا بها ، وإن لم يحصل قبول للهبة من الموهوب له (سواء أكان الموهوب له أهلها ، أو كانت هي الزوجة نفسها ، أو كان أجنبياً عنها ، بل حصل رد للهبة) فلا شيء مطلقاً .
وعلل الحنابلة لما تقدم فقالوا :

هبة الرجل زوجته لأهلها تمليك للبضع وهذا التصرف يحتاج إلى القبول كالنكاح فتي ردها أهلها ولم يقبلوها فقد انتفى تمام التصرف فلا يقع طلاق . أما لو قبلوها فتقع طلاق واحدة رجعية لأن هذا اللفظ محتمل فلا يحصل على الثلاث عند الإطلاق كقوله : اختارى ... أما أنها طلاق رجعية ؛ فلأنها طلاق لمن عليها عدة بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله أنت طالق ... هذا كله إذا لم ينو ثلاثاً أو اثنتين فإن نوى ثلاثاً أو اثنتين فهو على ما نوى ؛ لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع إلى نيته في عددها كسائر الكنايات . ولا بد من أن ينو بقوله : وهبتك لأهلك ، الطلاق أو

(١) شرح منتهى الإرادات للشيخ المسلمة فقيه الحنابلة في وقته منصور بن يونس ابن ادريس البهوتي ج ٢ ص ١٣١ ، ١٣٢ طبع مطبعة أنصار السنة سنة ١٩٤٧ م .

تكون ثم دلالة حال ؛ لأنها كناية والكنايات لا بد فيها من النية -
وقال المغني^(١) : وينبغي أن تعتبر النية من الذي يقبل أيضاً كما تعتبر في
اختيار الزوجة إذا قال لها اختارى ؛ أو أمرك بيدك - وصيغة القبول
أن يقول أهلها : قبلناها ... نص على ذلك أحمد .

بيع الزوج زوجته

قال الخنابلة : بيع الزوجة لا يعتبر طلاقاً ... لها فن باع امرأته لغيره لم
يقع به طلاق وإن نوى . وبهذا قال الثوري وإسحاق . وقال مالك تطلق
واحدة ، وهي أمك لنفسها ؛ لأنه أتى بما يقتضى خروجها عن ملكه فأشبهه
مالو وهبها .

وقد رد الخنابلة قول المالكية فقالوا : إن البيع لا يتضمن معنى الطلاق ؛
لأنه نقل ملك بعوض والطلاق مجرد إسقاط لا يقتضى العوض فلم يقع به
طلاق كقوله أطعني وأسقي^(٢) .

الظاهرية

الطلاق الرجعي والباتن

سبق أن أَوْضَحْنَا رأى الظاهرية فيما يقع به الطلاق من الألفاظ وقلنا إنهم
لا يقولون بوقوع طلاق إلا بلفظ من ثلاثة ألفاظ : إما الطلاق ، وإما الفراق ، وإما
السراح ... بجميع اشتقاق ألفاظها ، وإن ما عدا الألفاظ السابقة لا يقع بها طلاق ،
نوى بها طلاقاً أولم ينو ، لافي فتياً ولا في قضاء ، مثل الخلية والبرية ، وأنت مبرأة ،

(١) المغني لابن قدامة الخنبل ج ٨ ص ٢٨٦ ، ٢٨٧

(٢) « « « « ج ٨ ص ٢٨٧

وحبكك على غاربك إلى آخر ما سبق بيانه . وقلنا إن الظاهرية يرون أن من قال لامرأته أنت طالق ونوى اثنتين أو ثلاثاً فهو كما نوى — وإنهم يرون أن كل طلاق رجعي إلا إذا كان^(١) ثلاثاً أو مكثراً للثلاث أو كان طلاقاً قبل الدخول؛ قال ابن حزم : ما وجدنا قط في دين الإسلام عن الله تعالى ولا عن رسوله صلى الله عليه وسلم طلاقاً بائناً لازجعة فيه إلا الثلاث بمجموعة أو مفرقة أو التي لم يطاها ولا مزيد . وأما ما عدا ذلك فأراه لاحجة فيها .

هبة الرجل لامرأته :

قال ابن حزم بعدم وقوع الطلاق في هبة الرجل زوجته لأهلها أو لنفسها أو لاجنبي، فإن فعل ذلك بطل كلامه ولا يلزمه به طلاق أصلاً نوى بقوله الطلاق أو لم ينوه؛ لأن من الباطل أن يهب حرة أو أمة غيره، فهبته فاسدة والفساد لاحكم له إلا بإبطاله والتوبة إلى الله عز وجل منه^(٢) .

الشريعة الإمامية

الطلاق الرجعي والبائن :

قسم الشيعة الإمامية الطلاق السني إلى ثلاثة أقسام : بائن ، ورجعي — وللعدة

الطلاق البائن :

الطلاق البائن هو ما لا يصح معه الرجعة . وهو طلاق اليائسة على الأظهر ، ومن لم يدخل بها ، والصغيرة ، والمختلعة ، والمبارقة ، ما لم ترجع في البذل . والمطلقة ثلاثاً بينها رجعتان (ثلاثة ثلاثاً بعد رجعتين)

(١) المحل لابن حزم ج ١٠ ص ٢٤٠ .

(٢) المحل لابن حزم ج ١٠ ص ١٣١ : ١٣٠ مسألة ١٩٣٩ .

الطلاق الرجعى :

والطلاق الرجعى ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع ومنه المختلعة والمبارأة إذا رجعتا فى البذل .

الطلاق للعدة :

وطلاق العدة ما يرجع فيه ويواقع ثم يطلق فلهذا تحرم فى التاسعة تحريماً مؤبداً وما عداها تحرم كل فى ثالثة حتى تنكح غيره^(١) . وإطلاق اسم العدى على هذا الطلاق من حيث الرجوع فيه فى العدة .

جاء فى الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية وجعل هذا النوع من الطلاق قسماً للأولين يقتضى مغايرته لهما مع أنه أخص من الثانى فإنه من جملة أفرادها ، بل أظهرها حيث رجع فى العدة ، فلو جعل الطلاق قسمين (رجعياً وبائناً) ثم قسم الرجعى إليه وإلى غيره كان أجود^(٢) .

القانون

نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادة الرابعة منه بما يلى :

(م ٤ -) كذايات الطلاق - وهى ما تحتل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .)

شرح القانون

لا بد من النية فى وقوع الطلاق :

بالرجوع إلى نص المادة السابقة نجد أنها قد أخذت بمذهب الشافعية وعدلت عن الأخذ بالمذهب الحنفى ، فقصرت وقوع الطلاق بألفاظ الكناية

(١) المختصر النافع لعلامة الخلى ص ١٩٨ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ١٥١ للشهيد السيد زين الدين

الجبلى العامل .

على أن ينوى بها الطلاق، ولم يعول على ماسوى النية من القرآن ودلالات الحال التى يعتمد بها فى مذهب الحنفية. وتفرعاً على ذلك: إذا أتى الرجل بلفظ كناية ثم ادعى أنه لم يرد به إيقاع الطلاق فإنه يصدق فى ذلك، ولا يقع عليه شىء، وإن كانت القرآن والظروف تشهد بخلاف دعواه.

ألفاظ الكناية لا يقع بها الا الرجعى

والألفاظ الكناية جميعها إذا نوى بشىء منها الطلاق فلا يكون الإرجعياً فى حكم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. فقد نصت المادة الخامسة منه على ما يأتى :

م ٥ - كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال، وما نص على كونه باتناً فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠.

موقف القانون من مذاهب الأئمة :

والقانون فيما نص على كونه باتناً أو رجعياً فى المادة المذكورة. قد وافق مذاهب الأئمة الأربعة - فإدام التطبيق بالفاظ الكناية ليس مكملًا للثلاث، ولا واقعاً قبل الدخول؛ وليس فى مقابلة مال من جهة الزوجة، فلا يقع به إلا الرجعى. أما المكمل للثلاث والواقع قبل الدخول أو على مال فإنه يكون باتناً.

مخالفة القانون لمذاهب الأئمة الأربعة :

لكن القانون فى قصره البيّنونة التى تكون من المطلق على الأحوال السابقة التى عددها وحددها فى المادة الخامسة وهى حالات ثلاث يكون مخالفاً لمذاهب الأئمة الأربعة، فعندم الطلاق المقترب بعدد الثلاث يقع ثلاثاً، لكن القانون يجعلها طلقة واحدة، وقد نص على ذلك فى المبدأة الثالثة منه التى سبق بيّناها.

أحكام الطلاق الرجعى والطلاق البائن

لكل من الطلاق - الرجعى والطلاق البائن أحكام خاصة به . وهناك أحكام مشتركة بينهما . ونذكر فيما يلى ما قاله الفقهاء فى ذلك فى حدود المذاهب التى التزمت ببيان رأى أئمتها :

أولا - المذهب الحنفى

أحكام الطلاق الرجعى :

الطلاق الرجعى لا يغير من أحكام الزوجية ، فهو لا يزيل الملك ، ولا يرفع الحل ، وليس له من أثر إلا نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ؛ ولذلك تثبت فيه الأحكام الآتية :

١ - يملك المطلق طلاقا رجعيا مراجعة مطلقة من غير عقد جديد ما دامت فى العدة .

٢ - لا يحل بمجرد الطلاق الرجعى الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين (الموت أو الطلاق) ، وإنما يحل هذا المؤجل بالبينونة التى تكون بانقضاء العدة .

٣ - ترث المرأة مطلقها وريثها متى كان الموت قبل انقضاء العدة ، سواء أكان الطلاق فى حال الصحة أم فى حال مرض الموت ، وسواء أكان الطلاق برضاها أم بغير رضاها ، وسواء أكانت حين الطلاق بحالة يصح معها الإرث ، كان تكون زوجة المسلم مسلمة أم لم تكن كذلك حيثئذ ثم صارت إلى الحالة التى يصح معها الإرث ، بأن كانت كناية ثم أسلمت قبل الموت وانقضاء العدة .

٤ - المطلق رجعيا يمكن لمطلقها إيقاع طلاق آخر عليها فى العدة . سواء أكان رجعيا أم بائنا .

٥ - الطلاق البائن

الطلاق البائن إما أن تثبت به بينونة صغرى ، وإما أن تثبت به بينونة الكبرى ، وكل منهما يزيل الملك الثابت بالزوجية . فلا يعود هذا الملك إلا بعقد ومهر جديدين . وتزيد بينونة الكبرى بأنها ترفع الحبل أيضا . فلا يعود هذا الحبل بين الرجل والمرأة بالعقد الجديد إلا بعد أن تتزوج بزواج آخر ويدوق كل منهما عسيلة الآخر .

البينونة الصغرى

يمكن إجمال أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى فيما يلى :-

١ - لا يمكن لمن طلق امرأته طلاقا بائنا بينونة صغرى أن يعيد إليه مطلقته إلا بعقد ومهر جديدين .

٢ - يحل بمجرد وقوع البينونة الصغرى مؤخر الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين .

٣ - إذا مات (المطلق أو المطلقة) فى حالة الطلاق البائن قبل انقضاء العدة فلا يرثه الآخر ؛ لأن سبب الإرث بين الزوجين هو الزوجية ، والبينونة تزيل الملك الثابت بهذه الزوجية ، فينتفى سبب التوارث بينهما ، إلا فى حالة واحدة ، وهى التى يظن فيها أن البينونة كانت فرارا من الإرث ، فيعامل هذا النار بنقيض مقصوده ؛ ويثبت للآخر حق الميراث فى تركته كما سبق بيانه فى موضوع « طلاق المريض » .

٤ - إذا طلق الرجل المرأة فى عدة البينونة فلا يقع طلاقه ، إذا كان هذا الطلاق الثانى بائنا ، بلفظ الكناية فى مقام يحتمل الإخبار عن البينونة الأولى . وسيأتى تفصيل القول فى هذا فى موضوع « الطلاق فى عدة الطلاق » .

البينونة الكبرى :

البينونة الكبرى هي كالصغرى فى كل ما ذكرنا من الأحكام السابقة إلا فى مسألتين :

(الأولى) : أن البينونة الكبرى هى نهاية ما يملك الزوج على زوجته من الطلاق ، فلا محل بعدها لوقوع طلاق آخر .

(الثانية) : أنه لا يمكن معها أن ترجع المرأة إلى الذى طلقها حتى تزوج بغيره زواجا صحيحا ، ويدخل بها دخولا حقيقيا ، ثم يفارقها وتنقض عدتها منه (١) .

الأحكام المشتركة :

من الأحكام التى يشترك فيها كل من الطلاق الرجعى والباتن بنوعيه ما يأتى :-

١ - وجوب نفقة العدة بأنواعها الثلاثة للمطلقة .

٢ - ثبوت نسب ولد المطلقة من مطلقها على تفصيل فى ذلك نعرض له فى مبحث ثبوت النسب .

٣ - إذا تزوجت المطلقة رجعيا أو بائنا - بعد انقضاء عدتها - بزواج آخر ثم فارقها هذا الزوج بعد الدخول ، وأرادت أن تعود إلى الأول ، فإنها تعود إليه بزوجة جديدة يملك فيها ثلاث طلاقات ، لأن الزواج الثانى يهدم ما كان من الطلاق فى الزواج الأول ، سواء أكان ثلاثا أم أقل عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد وزفر : إنه يهدم الثلاث لاغير . فإذا عادت المطلقة مطلقة واحدة أو اثنتين إلى الزوج الأول تعود إليه إليه بحل كامل

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٨٠ ، ١٨٧ ، ١٨٨ ، ١٨٩ - وراجع فتح القدير ج ٣ ص ١٥٤ والأحوال الشخصية لشيخ عبد الرحمن تاج ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ .

يملك فيه ثلاث طلاقات على رأى أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد وزفر :
إن مطلقها الأول إذا عادت إليه لا يملك عليها إلا ما بقى من الطلاق الثلاث .
أما إذا كانت مطلقة ثلاثاً ، ثم عادت إلى مطلقها بعد زواجها من غيره زواجا
صحیحاً ودخل بها ، فإنها تعود إلى الأول بحل كامل يملك فيه ثلاث طلاقات
بلا خلاف بين أئمة المذهب وسنذكر دليل كل فيما بعد .

المذهب المالكي

أحكام الطلاق الرجعى :

١ - المطلق رجعيًا حق مراجعة مطلقته ، ما لم تنقض عدتها ، لأن
أسباب الزوجية باقية بينهما ، والرجعة تكون بالنية مع القول كراجعتها
وأمسكتها أو ما يقوم مقام القول كالوطء ومقدمانه . وفي رجعتها بالنية فقط
قولان في المذهب^(١) . ولو راجعها بالقول فقط دون النية ، فرجعة في الظاهر
دون الباطن أما لو وطئها دون أن ينوى بالوطء مراجعتها ، فلا يعتبر
ذلك رجعة لها لا ظاهراً ولا باطناً .

النفقة والميراث والنسب

يرى المالكية أن المطلقة رجعيًا لها النفقة على مطلقها ، مادامت في
عدتها منه ، كما ترثه إذا مات عنها وهي معتدة منه . كما يثبت نسب الولد إذا
أنت به المطلقة لأقل مدة الحمل إلا أن ينفيه المطلق بلعان ، هذا إذا لم تزوج
بزوج آخر غير هذا الزوج . أما إذا تزوجت بزوج آخر غيره ، فيثبت نسب
الولد إن أنت به لدون ستة أشهر من عقد الثاني - وخينئذ يفسخ نكاح الثاني
لأنه ناكح في عدة - وتراجع إلى الأول . وأما لو أنت به لستة أشهر فأكثر

(١) حاشية العدوى على شرح أبي الحسن ج ٢ ص ٥٧ ، ٥٨ . وبداية المجتهد ج ٢ ص ١٨
طبع مكتبة السكايات الأزهرية سنة ١٩٦٦ . ٨٨ ، ٩٤

فهو لاحق بالزوج الثاني قطعاً^(١) - وقال صاحب التاج والأكليل :
« من المدونة كل معتدة من طلاق أو وفاة تأتي بولد وقد أقرت بانقضائه
عدتها فإنه يلحق بالزوج ما بينها وبين خمس إلا أن ينفيه الحى بلعان ويدعى
استبراءها قبل طلاقه »^(٢) .

وقال المالكية : لو ارتابت المرأة هل هى حامل أو لا ؟ عليها أن تترصد
وتنتظر مدة ؛ قبل أربع سنين ، وقيل : خمس سنوات . . فلو تزوجت ، قبل الخمس
السنوات بأربعة أشهر فولدت خمسة لم يلحق بواحد منها وحُدت - فقد روى
عن مالك أنها تنتظر أربع سنوات . وفى المدونة : « من نكحت قبل خمس
سنين بأربعة أشهر فأت بولد لخمس أشهر من يوم نكحت ، لم يلحق بأحد
الزوجين ، وحدت . وفسخ نكاح الثانى لأنه نكح حاملاً »^(٣) .

وقال الخطاب^(٤) : « مسألة ، وتجب النفقة لكل مطلقة مدخول بها فى
أيام عدتها ، إذا لم يكن الطلاق بائناً ، وكان الزوج يملك ارتجاعها فيه ، سواء
أوقعه الزوج أو الزوجة أو السلطان بإيلاء أو عدم نفقة إذا أيسر فى العدة .
وفى المدونة : وجوب النفقة على المولى أيام العدة ، ولطرف وابن المأجشون
وأصبح : لا نفقة لها ؛ لأن رجعت لا تصح بالقول إلا أن يقترن به الفعل .
وأما المبتوتة ، والمبارأة ، والمختلعة ، وكل من لا يملك الزوج رجعتها ، لا نفقة
لها إلا أن تكون حاملاً ، انتهى ؛ وقال فى طلاق السنة : وكل مطلقة لها
السكنى ، وكل بائنة بطلاق ، أو بنت ، أو خلع ، أو مبارأة ، أو لعان ، أو نحوه ،
فلها السكنى ، ولا نفقة لها ولا كسوة ؛ إلا فى الحمل البين ، فذلك لها ما أقامت

(١) الخطاب ج ٤ ص ١٤٩ .

(٢) التاج والأكليل على هامش مواهب الجليل ج ٤ ص ١٤٩ .

(٣) المصادر السابقة ذات الجزء والصفحة .

(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٨٩ « باب النفقات » .

حاملًا، خلا الملاءنة، فلا نفقة لحملها لأنه لا يلحق بالزوج . انتهى . قال أبو الحسن: قوله: ونحوه... يعني المفسوخ انتهى . ثم قال فيها: وكل طلاق فيه رجعة فلها النفقة والكسوة، حتى تنقضي عدتها، حاملًا كانت أو غير حامل . وكذلك امرأة المولى، إذا فرق بينهما؛ لأن فرقة الإمام فيها غير بائن، وهما يتولرثان ما لم تنقض العدة . ونجى السكنى في فسح النكاح الفاسد، أو ذات محرم بقرابة أو رضاع، حاملًا كانت أولاً لأنه نكاح يلحق فيه الولد وتعد فيه حيث كانت تسكن، ولا نفقة عليه ولا كسوة، إلا أن تكون حاملًا فذلك عليه . انتهى . قاله أبو الحسن. قوله: وكذلك امرأة المولى إذا طلق عليه لعدم النفقة ثم أيسر في العدة، هل تجب عليه النفقة وإن لم ترجع؟ فبلى مانص هنا تلزمه النفقة، ومثله لابن حبيب ثم قال: فانظر في سماع عيسى من طلاق السنة، مسألة النصرانية تسلم تحت النصراني، أنه لا نفقة لها عليه . وفي سماع أصبغ خلافة صح من جامع الطرد اللخمي قال ابن المنذر: أجمع من أحفظ عنهم على أن المعتدة التي تملك رجعتها لها السكنى والنفقة؛ إذ أحكامها أحكام الأزواج في عامة أمورها .

وفي التاج والإكليل : وابن الحاجب : البائن في السكنى ونفقة الحمل كالرجعية، فلو مات فالمشهور وجوبها في ماله، (١).

المذهب الشافعي

أحكام الطلاق الرجعي والبائن

الطلاق الرجعي

الطلاق الرجعي عند الشافعية ليس له من أثر سوى تنقيص عدد الطلقات، فلا طلاق رجعيًا، السكنى والنفقة بجمع أنواعها، لبقاء حبس الزوج لها

(١) التاج والإكليل الدواني على هامش مواهب الجليل للعلامة ج ٤ ص ١٨٩ .

وسلطته عليها ، وقدرته على التمتع بها بالرجعة ، ولا يسقط ما وجب لها إلا بما يسقط به ما يجب للزوجة ، ويستمر وجوبه لها حتى تقر بانقضاء عدتها بوضع الحمل ، أو بغيره فهي المصدقة في استمرار النفقة ، كما تصدق في بقاء العدة وثبوت الرجعة إلا مؤنة تنظف فلا تجب لها ، لامتناع الزوج عنها إلا إذا تأذت بالهوام للوسخ فيجب .

الطلاق البائن

تجب السكنى المطلقة ، ولو بائنا ، ما دامت في عدتها من مطلقها ، لقوله تعالى : « اسكنوهن من حيث سكنتم » وقوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن » أى بيوت الأزواج .

وجه الاستدلال

الآية الأولى : « اسكنوهن من حيث سكنتم » فيها أمر الأزواج باسكان المطلقة دون تفصيل بين أن يكون طلاقها رجعياً أو بائناً . فدل ذلك على وجوب السكنى للمطلقات ، مطلقاً ، رجعيات أو بائنات ، حائلات أو حوامل . أما الآية الثانية : « لا تخرجوهن من بيوتهن » فالخطاب فيها أيضاً للأزواج وقد نهت الآية عن إخراج المطلقات من بيوت أزواجهن وإضافة البيوت إلى الزجوات للسكنى لا للملك ؛ إذ لو كانت إضافة ملك لم تختص بالمطلقات ، فدللت الآية على أن المطلقة السكنى على مطلقها ولو كان طلاقها بائناً . وتأكيدها لهذا قال فقهاء الشافعية : لو أن المطلقة بائناً أسقطت مؤنة المسكن عن الزوج لم تسقط ؛ لأنها تجب يوماً بيوم ، ولا يصح إسقاط ما لم يجب^(١) .

أما نفقة الطعام والكسوة والخادم ، فقال الشافعية بعدم وجوبها للحائل البائن ، بخلاف أو ثلاث . أما الحامل البائن فتجب لها ، فلها النفقة والكسوة

(١) راجع منى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للعلامة الميراني ج ٣ ص ٤٤٠ ، ٤٤١ ، ٤٤٢ .

والآدم والخادم ، وذلك بسبب الحل . وهو القول الصحيح في المذهب ، لأنها لا تسقط بمضى الزمان . وفي قول آخر في المذهب قديم تجب للبطلقة : بئنا ، الحامل ، النفقة بأنواعها للحمل فقط ، لوجوبها بسببه وانعدامها بانعدامه . وإنما صرف لها لتغذيته بغذاؤها ^(١) .

الرجعة

تختص الرجعة بمن طلقت بعد وطئها بلا عوض ولم يستوف عدد طلاقها ، وأن تكون باقية في العدة ، وأن تكون قابلة للحل للراجع وألا تكون مرتدة .

المذهب الحنبلي

أحكام الطلاق الرجعي

يرى الحنابلة أن للمطلق مراجعة مطلقة طلاقاً رجعياً دون حاجة إلى عقد جديد ، بشرط أن يكون النكاح الأول نكاحاً صحيحاً ، وأن يكون قد دخل عليها فيه أو خلا بها ^(٢) .

وكذلك يرى الحنابلة أن الطلاق الرجعي تعتبر فيه المطلقاة كزوجة في وجوب النفقة للمطلقة على المطلق والكسوة والسكنى ، قال الشيخ منصور البهوتي : ^(٣) .

« والمطلقة رجعية كزوجة في وجوب النفقة والكسوة والسكنى ؛ لأنها

(١) المصدر السابق ج ٣ ص ٤٤٠ ٤٤١ طيبة مكتبة ومطبعة مصطفى الباقى الخلى سنة ١٩٥٨
 (٢) شرح منتهى الإبرادات لفتية الشيخ منصور البهوتي ج ٣ ص ١٨٧ طبع مطبعة أنصار السنة المحمدية
 (٣) المصدر السابق ج ٣ ص ٢٤٧ وما بعدها طبع مطبعة أنصار السنة المحمدية .

زوجة لقوله تعالى : «وبعولتهن أحق بردهن في ذلك» ، ولأنها يلحقها طلاقه وظهاره أشبه ما قبل الطلاق .

أما البائن، غير الحامل ، فلا نفقة لها : لحديث فاطمة بنت قيس : « أن زوجها طلقها ألبتة ، وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته : فقال : والله مالك علينا منه شيء . » فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكرت له ذلك فقال : ليس لك عليه نفقة ولا سكنى ، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، متفق عليه . وفي لفظ : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « انظري يا ابنة قيس : إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عاينها الرجعة ، فإذا لم تكن له الرجعة فلا نفقة ولا سكنى » ، رواه أحمد والأثرم والحميدي .
والنبي صلى الله عليه وسلم هو المبين عن الله تعالى مراده ، ولا شيء يدفع ذلك : ومعلوم أنه صلى الله عليه وسلم هو أعلم بتأويل قوله تعالى : «أسكنهن من حيث سكنتم من وجدكم» .

وتطلق المدخول بها بوطء أو خلوة في عقد صحيح بقول زوجها لها : « أنت طالق ، أنت طالق ، : ثنتين ، إلا إذا نوى المطلق بتكرار هذا اللفظ . «أنت طالق»- التأكيد، وكان الكلام متصلاً ، أو قصد به الإفهام- أما المطلقة بائناً فلا يلحقها الطلاق الثاني .

وترث المطلقة رجعيّاً زوجها مادامت في عدتها منه .

ثبوت النسب

وقال الحنابلة : لو ولدت المطلقة رجعيّاً بعد أربع سنين منذ طلقها زوجها ، وقبل انقضاء عدتها ، لحق نسب المولود بمطلقها . وكذا يثبت نسب المولود من المطلق رجعيّاً لو أنت المطلقة منه رجعيّاً بمولودها لأقل من أربع سنين منذ انقضت عدتها لا باقراء : لأن الرجعية في حكم الزوجات في أكثر الأحكام أشبه ما قبل الطلاق .

المذهب الظاهري

الطلاق الرجعي

يرى الظاهرية أن كل طلاق يقع رجعياً إلا في موضعين لا ثالث لهما، هما:

١ - إذا طلق غير الموطوءة لقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) (١).

٢ - طلاق الثلاث ، مجموعة أو مفردة ، لقوله تعالى : « فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » (٢) .

الطلاق البائن

ماعدا ما تقدم فلا يكون طلاقاً بائناً أصلاً عند الظاهرية لقوله تعالى : « ويعولتن أحق بردهن في ذلك » (٣) ، ولقوله تعالى : « فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف » ، وقال تعالى : « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » (٤) ، فجعل إلى الزوج في العدة أن يراجع مطلقته أو يترك . (٥) .

أحكام الطلاق الرجعي والباين

الطلاق الرجعي لا يغير من أحكام الزوجية فهو لا يزيل الملك ، ولا يرفع الحل ، قال ابن حزم :

(١) الآية رقم ٤٩ من سورة الاحزاب

(٢) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة

(٣) الآية رقم ٢ من سورة الطلاق .

(٤) الآية رقم ٢٠ من سورة الطلاق .

(٥) المحل لابن حزم ج ١٠ ص ٢١٦ .

« وقد قلنا : إن المطلق طلاقا رجعيا هي زوجة للذي طلقها ، مالم تنقض عدتها... يتوارثان ، ويلحقها طلاقه ، وإبلاؤه ، وظهاره ، ولما نه إن قذفها ، وعليه نفقة ، وكسوتها ، وإسكانها ، فإذا هي زوجته فخلال له أن ينظر منها إلى ما كان ينظر إليه منها قبل أن يطلقها ، وأن يطأها ؛ إذ لم يأت نص بمنعه من شيء من ذلك ، وقد سماه الله تعالى بعلا ، إذ يقول عز وجل : « ويعولتهن أحق بردهن في ذلك » (١) — وقال ابن حزم في موضع آخر في بيان الطلاق البائن والرجعي : « ولا يكون الطلاق بائنا أبداً ، إلا في موضعين لا ثالث لهما ، أحدهما طلاق غير الموطوءة لقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) والثاني طلاق الثلاث ، بمجموعة أو مفردة ؛ لقوله تعالى : (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) . وأما ما عدا هذين ؛ فلا ، أصلاً ؛ لقوله تعالى : « ويعولتهن أحق بردهن في ذلك » ، ولقوله تعالى : « فأمسكوهن بمعروف ، أو فارقوهن بمعروف » ، وقال تعالى : « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ، فجعل إلى الزوج في العدة أن يراجعها أو يترك » (٢)

وقال ابن حزم أيضا : « والطلاق الرجعي هو الذي يكون فيه الزوج غيراً مادامت في العدة ، بين تركها... لا يراجعها حتى تنقض عدتها فتملك أمرها ، فلا يراجعها إلا بولي ورضاها ، وصدائق ، وبين أن يشهد على اجتماعها فقط ، فتكون زوجته أحب أم كرهت ، بلا ولي ، ولا صدائق ، لكن بإشهاد فقط . ولومات أحدهما قبل تمام العدة ، وقبل المراجعة ، ورثه الباقي منهما . وهذا لا خلاف فيه من الأئمة . والبائن هي التي لا رجعة له عليها ، إلا أن تشاء هي في غير الثلاث ، بولي ، وصدائق ورضاها . ونفقتها عليه في الطلاق الرجعي مادامت في العدة ويلحقها طلاقه (٣) .

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٥١ مسألة ١٩٨٦

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢١٦ مسألة ١٩٧٢

(٣) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢١٦ ، ٢١٧ مسألة ١٩٧٢

الشيعية الإمامية

أحكام الطلاق الرجعى والبائن

المطلقة رجعياً هي زوجة ، فلا يحرم نظره إليها ولا وطؤه لها ، وقال الإمامية : إنه لا يجوز لمن طلق رجعياً أن يخرج مطلقته هذه من بيته ، إلا أن تأتى بفاحشة ، (وهو ما يجب به الحد) ، وقيل : له أن يخرجها إذا أتت بما يؤذى أهله ، ولا تخرج هي ، فإن اضطرت ، خرجت بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر . ولا يلزم ذلك في البائن ، ولا المتوفى عنها زوجها ، بل تبين كل واحدة منهما حيث شامت ، فالطلاق الرجعى عند الإمامية ما يصح معه الرجعة . ولو لم يرجع . أما البائن فهو مالا يصح معه الرجعة (١) .

ثبوت النسب

ولو طلق زوجته ، فاعتدت وتزوجت غيره ، وأنت بولد لدون ستة أشهر فهو للأول ، ولو كان ستة فصاعداً فهو للأخير . ولو لم تزوج ، فهو للأول ، ما لم يتجاوز أقصى الحمل .

الميراث

قال الإمامية : لا يثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين ، لكن بالنسبة للولد فإنه يرثهما ويرثانه (٢) . وقال الإمام المرتضى : يثبت بنكاح المتعة الميراث بين الزوجين ، ما لم يشترط السقوط . لكن لو شرط الميراث عند العقد لزم . ويفهم من ذلك أن النكاح الدائم يقع بسببه التوارث بين الزوجين ، وأن المطلقة رجعياً إذا مات عنها زوجها قبل انتهاء عدتها فلها الميراث من مطلقها .

(١) المختصر النافع للعل من ٢٠٢

(٢) (٢) من ١٨٢

النفقة

المطلقة رجعيًا تستحق النفقة . أما المطافئة بائناً فلا نفقة لها ، إلا إذا كانت حاملاً ، فنثبت نفقتها في الطلاق البائن ، في هذه الحالة ، على الزوج حتى تضع .^(١)

القانون

حكم القانون في الكتابات وما يعتبر من الطلاق رجعيًا أو بائناً

أولاً - الكتابات

تعرض القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الرابعة لتعريف الكناية، واشترط لوقوع الطلاق بالفاظ الكتابات أن ينوى المتلفظ بها الطلاق . ولم تمول المادة المذكورة في إيقاع الطلاق بالكتابة إلا على نية الطلاق بلفظ الكناية . أما لو ادعى المتلفظ بلفظ الكناية أنه لم يرد بها إيقاع الطلاق فلا يقع الطلاق. ولو كانت قرآن الحال تشهد بأن المراد من التلفظ بالكتابة هو إيقاع الطلاق ، فلا عبرة بدلالة الحال أو القرينة ، ما دام لم ينو المتلفظ إيقاع الطلاق بلفظ الكناية . وحددت المادة سالفه الذكر المراد بالكتابة ، فصحت على أن كناية الطلاق هي ما تحتمل الطلاق وغيره^(٢) . وحددت المذكرة التفسيرية للقانون أن المراد بالكتابة هنا ما كان كناية في مذهب أبي حنيفة .^(٣)

وتفريعاً على ما ذكر : إذا أتى الرجل بلفظ كناية ، ثم ادعى أنه لم يرد به

(١) المختصر المفيد للحلوس ١٩٥

(٢) نص المادة الرابعة من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية هو : « كتابات الطلاق ، وهي ما تحتمل الطلاق وغيره ، ولا يقع بها الطلاق إلا بالنية » .

إيقاع الطلاق فإنه يصدق في ذلك ، ولا يقع عليه شيء ، وإن كانت القرآن والظروف تشهد بخلاف دعواه .

الطلاق الواقع بألفاظ الكناية

ونص القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن ألفاظ الكناية جميعها إذا نوى بشيء منها الطلاق فلا يكون إلا رجعياً في حكم ذلك القانون ، فقد نص في المادة الخامسة منه على ما يأتي :

« كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل ، للثلاث والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون ، والقانون . نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ » .

ونصت المذكرة التوضيحية للقانون على أنه قد أخذ في بيان الطلاق البائن والرجعي بمذهب مالك والشافعي إلا ما استثنى في المادة الخامسة من المشروع .^(١)

فالمرجع اعتبر أنه ما دام التطليق بألفاظ الكناية ليس مكمل للثلاث ، ولا واقعاً قبل الدخول ، ولا في مقابلة مال من جهة الزوجة ، فلا يقع به إلا الرجعي .

والمرجع حينما أخذ ، بمذهب الإمامين مالك والشافعي ، في أن كل طلاق يقع رجعياً إلا ما استثنى في المادة المذكورة (الخامسة) ، قد وضع لديه أن أية الطلاق تكاد تكون صريحة في أن الطلاق لا يكون الامرة بعد مرة ، ليكون لدى المطلق فرصة إرجاع زوجته إليه مرة أخرى بعد أن

(١) تراجع المذكرة التفسيرية لقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الصادرة عن مجلس الوزراء في توضيح القانون سالف الذكر .

يرجع إلى نفسه ، ويدرك أن مصلحته في العودة إليها ، دون حاجة إلى إجراء عقد زواج جديد قد يحول دونه طيش الزوجة ، وعدم تقديرها للعواقب ؛ قال الله تعالى : « وبمؤنتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا ، ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة ، والله عزيز حكيم ، فالرجل بعد الطلاق قد يندم على ما فرط منه ويدرك خطاه . أو يشفق على مطلقته ، ويرجو لها صلاحا ، فأبيح له أن يراجعها ولو لم ترض بالرجعة مادامت في عدة الطلاق . فإن طلقها طليقة مكحلة للثلاث لم يكن له حق الرجعة ؛ لأنه جرب نفسه مرتين معا فلا أمل في أن يستقيم لها أمر بعد الطليقة الثالثة ، التي تبين بها المرأة ينفوة كبرى لا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره . وإذا طلقها قبل الدخول ، كان الطلاق بائنا ، قال الله تعالى : « يأيتها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فإلكن عليهن من عدة تعتدونها فتمسوهن سراحا جميلا . فليس له عليها عدة ، وليس له عليها رجعة إلا بعد زوج جديد .

والمراد بالدخول هنا : الدخول الحقيقي ، فإن مذهب الحنفية المطبق حاليا في المحاكم الشرعية ، عاكم الأحوال الشخصية « يفهم من أقوال فقهاء أن الخلوة الصحيحة تخالف الدخول في الرجعة ، ويكون الطلاق بائنا بعد الخلوة وقبل الدخول الحقيقي .

الطلاق على مال .

واعتبر القانون الطلاق على مال طلاقا بائنا أخذنا برأى الحنفية في ذلك ، فإذا اختلعت المرأة ، أو طلقها نظير المال وقع الطلاق بائنا .

واختلف عمل المحاكم فيما إذا أقر الزوج بطلاق نظير المال ، وعجز عن إثبات الإبراء ، وحلفت الزوجة اليمين على أنها لم تبرئ زوجها . فبعض

المحاكم تعامل الزوج بإقراره ، وتثبت الطلاق بآثنا ، وترفض دعوى الإبراء والبيعض الآخر بحكم بالطلاق الرجعى .

وتستند المحاكم التى تحكم بالطلاق البائن إلى أن عدم ثبوت الإبراء لا يدل على أن الطلاق كان مجردا ، وإلى أن الزوج أقر بطلاق بائن فيعامل بإقراره شرعاً .

وهذا لا يتعارض مع نص القانون ، فإنه ذكر حكم إنشاء الطلاق وترك حكم الإقرار به فيرجع فيه إلى مذهب الحنفية ، والإقرار بالبائن فيه بائن إذ القاعدة العامة أن المقرر يعامل بإقراره شرعاً ، وقد أقر الزوج بطلاق بائن فيعامل به .

ولاستندت أحكام المحاكم التى ترى الرأى الثانى ، وهو إثبات وقوع الطلاق رجعياً ، إلى أن القانون منع الزوج من أن يطلق طلاقاً بائناً إلا إذا كان الطلاق على مال ، أو قبل الدخول ، أو مكملًا للثلاث ، والطلاق فى هذه الحالة طلاق مجرد بعد حكم القاضى برفض دعوى المال ، فلا محل لأن يكون بائناً ؛ لأنه لا يدخل تحت حالة من الحالات المستثناة ، وما دام لا يدخل تحت حالة منها فلا يصح كونه بائناً بل يجب أن يكون رجعياً ، ولا يقال ؛ إن المشرع بين حكم الإنشاء ولم يبين حكم الإقرار ؛ لأن عبارة المادة تفيد حصر الطلاق الرجعى فيما عدا ما استثنى ، على أن القانون منع الزوج من أن يتفرد بطلاق بائن مجرد من المال ، فلا يصح أن يبتاع له الطلاق البائن لمجرد دعوى أن الطلاق كان نظير المال .

والحق فى نظرى مع أصحاب الرأى الأخير ، وهو أن الطلاق فى هذه الحالة رجعى لا بائن ، فالمشرع خالف الحنفية فى جعل كل طلاق رجعياً إلا ما استثنى ، فيجب الاقتصار عليه .

ما أحال إليه القانون .

وقد أحالت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، على أنه يعتبر في حكم ذلك القانون طلاقاً بائناً مانص على أنه بائن في قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وهو التفريق بسبب العيب الفاحش ؛ فقد نص القانون المذكور في مادته التاسعة على أنه يجوز للقاضي أن يفرق بين الزوجين بسبب عيب الرجل، من: مثل الجنون، والجذام، والبرص، وغيرها، مما أضيف إلى العيوب التي كان يفرق بسببها، جرياً على أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، وهي عيوب الجلب، والعنة، والخصاء، وقد أعطى حق طلب التفريق للزوجة ، فقد نصت المادة المذكورة على الآتي :

مادة ٩ - للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحقاً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون ، والجزام ، والبرص ، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ، ولم ترض به ، فإن تزوجته طالة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

ونصت المادة العاشرة من ذات القانون ، على أن الفرقة بالعيب طلاق بائن .

وقررت المادة الحادية عشرة أنه يستعان بأهل الخبرة في التبرؤ التي يطلب فسخ الزواج من أجلها .

كما أحالت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على مانص على كونه بائناً في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩^(١) وهو التفريق الذي

(١) نص المادة الخامسة من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ هو: كل طلاق يقع رجباً لا لاكتل ثلاث، والطلاق قبل المخول، والطلاق على مال ، ومانص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠

يكون من القاضى بسبب ضرر الزوجة والشقاق بينها وبين زوجها ، وبسبب غيبة الزوج أو حبسه مدة طويلة . وتفصيل ذلك فى القانون ما يلى :

الشقاق بين الزوجين

والتطليق للضرر

القانون :

نصت المادة رقم ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على الآتى :

مادة ٦ - إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلاقاً باتة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ، فإذا رفض الطلب ، ثم تكررت الشكوى ، ولم يثبت الضرر ، أبعد القاضى حكيم وقضى على الوجه المبين فى المواد (٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١) .

وقد نظر المشرع إلى ماكثر حدوثه بين الأزواج مما أثار العنجة فقد وجد أنه كثيراً ما يحصل الشقاق بين الزوجين ، وتترك الزوجة بيت زوجها ، وتلجأ إلى المحاكم تطالبه بنفقة ، ولا قصد لها إلا الكيد له ، ويرفع عليها زوجها دعوى الطاعة ، ولا غرض له إلا إسقاط نفقتها ، والحكم بنشوزها ، وتستمر القضايا بينهما طويلاً ، بين قضايا نفقة ، وطاعة ، ونشوز ، وحبس ، وإشكالات فى تنفيذ الظم . وكلما زاد الطرفان فى الخصومة ، اتسعت هوة الخلاف بينهما بحيث يستحيل عليهما فى كثير من الحالات أن يعودا إلى المعاشرة . ولما كان القضاء فى مصر هو على أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، وليس فى مذهب أبى حنيفة حل لمثل هذه الحالة ، إذ لا يجوز فيه التفريق بسبب الضرر . بينا مذهب الإمام مالك رضى الله عنه فيه المخرج من هذا الضيق ومنه : إنه ، وأخذ منه أحكام التطليق

للضرر وقد نصت المذكورة التبصاحية للقانون على أن هذا هو السبب الحقيقي الذي حدا بالشرح، حيث تضمن يذهب إلى حنيفة في هذا الباب فقالت .

(إن الشقاق بين الزوجين بحسب مجلة لاضرار كثيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداهما إلى ما خلق الله بينهما من ذرية ، وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة، وليس في أحكام مذهب أبي حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص ، ولا ما يرجع الزوج عن غيبه ، فيحتال كل إلى إيذاء الآخر قصد الانتقام . . . وقد تبنت الوزارة آثار هذا الشقاق بين الزوجين وما قد يؤدي إليه استمراره من الجرائم والآثام . . . تبنت الوزارة هذه الآثار واضحة جلية مما تقدم إليها من اشكايات ، قرأت أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب الإمام مالك في أحكام الشقاق بين الزوجين، عدا الحالة التي ينبغي للحكمين أن الإساءة من الزوجة دون الزوج ، فلا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة المشاكسة على فهم عرى الزوجية بلا مبرر^(١))

توضيح للمادة السادسة

ومن نظرة فاحصة للمادة السادسة سالمة الذكر نرى أنه لا بد من إثبات اضرار الزوج بزوجه بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما . وتقدير ذلك متروك للقاضي ، فهو الذي يقدر الضرر وهل هذا الضرر الذي ثبت ضرر لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال هذين الزوجين ، فالضرر يختلف باختلاف الزوجين ، فالزوجة المتعلمة الغنية تتضرر بما لا تتضرر به الجاهلة الفقيرة ، ومن ثم فليس أمام القاضي إلا أن يبحث كل حالة ويقدر ظروف كل خلاف ، فإذا خرج من البحث إلى أن ماثبت من الضرر لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال هذين الزوجين حكم بالطلاق البائن .

(١) تراجع المذكرة التبصاحية لقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بيمض أحكام الأحوال الشخصية .

والمراد من تكرار الشكوى المنصوص عليه في المادة المذكورة هو أن يستمر الخلاف بين الزوجين ويصر الزوج على الإضرار بزوجه أو يمن في الضرر فيسئ إليها إساءات جديدة بعد رفض دعوى الطلاق .

وليس في عبارة المادة ما يقتضى ضرورة ادعاء حدوث ضرر جديد بعد رفض دعوى الطلاق ، بل يكفي أن يستمر الخلاف بين الزوجين ، وتكرر الشكوى من الزوجة مدعية أن الزوج لا يزال مصراً على الإضرار بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما .

الطلاق للضرر قبل الدخول .

لا يوجد في نص المادة السادسة الخاصة بالطلاق للضرر ما يمنع الزوجة من رفع دعوى ضد زوجها الذي لم يدخل بها تطلب فيها من القاضي أن يطلقها طلاقاً باتناً لإضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، فإن الخلاف قد يحدث قبل الزفاف ، وقد يمن الزوج في الإضرار بزوجه بالقول وبغيره قبل دخوله بها ومعاشرته لها ويصر على هذا الضرر ، الأمر الذي لا تستطيع الحياة الزوجية معه أن تستمر . وربما كانت المصاحبة في التفريق بين الزوجين في هذه الحالة قبل أن يرزقا بأولاد :

مهمة القاضي

والقاضي - وقد كل والمشرع إليه تقدير الضرر ، وهل هو من الأمور التي لا يمكن معه أن يعيش الزوجان معاً - عليه أن يعرف أسباب هذا الضرر والدافع إليه ، ونفسية الزوجين ، وأن يضع في التقدير أن كثيراً من أسباب سوء التفاهم بين الزوجين المتباعدين اللذين لم يزفا إلى بعضهما بعد ، قد يرجع إلى وسطاء سوء ، وأن الزوجين قد يتفاهمان وتزول بين بينهما أسباب الخلاف إذا تقابلا ، وبعد كل منهما عن الوسط الذي يعيش فيه ؛ فعلى القاضي أن

يبدل وسعه في الإصلاح بينها . ولا يجوز له الحكم بالطلاق إلا إذا عجز عن الإصلاح بين الزوجين .

عجز الزوجة عن إثبات الضرر

وأبانت المادة السادسة حالها إذا لم يثبت الضرر للمدعى حدوثه فأوجب على القاضي أن يحكم برفض دعوى الطلاق في المرة الأولى ، لعل الزوجة ترجع عن شكواها وتعود إلى معاشرته زوجها . وأما إذا لم يثبت الضرر في الشكوى الثانية فلا ترفض دعواها بل يرسل القاضي حكيمين يتعرفان أسباب الخلاف ويحاولان التوفيق بين الطرفين .

مهمة الحكيمين وشروط صلاحيتهما

ونصت المادة السابعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه يشترط في الحكيمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ، إن أمكن ، وإلا فن غيرهم ، عن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما ، فلا يجوز أن يكون أحد الحكيمين امرأة أو أكثر . والمراد بالعدالة المطلوبة في الحكيمين هو اجتناب الكبر والعدم الإصرار على الصفات مع كون صلاح الرجل أكثر من فسادِه وصوابه أكبر من خطئه . واشترطنا أن الحكيمين من أهل الزوجين ، إن أمكن ، إنما هو لرجاء أن يكون للرجل أثر على قبول ما ينصحان به الزوجين ، وأن يكون قولهما صادرا عن رغبة حقيقية في إصلاح حالهما ، سواء أكان هذا الإصلاح عن طريق الصلح بما أم يأيده الرأي بالموافقة على التفريق بينهما ، فإذا لم يمكن اختيار حكيمين من أقرباء الزوجين لأى سبب من الأسباب جاز اختيار الحكيمين من غير الأقارب بشرط أن يكون لهما خبرة بحال الزوجين ، وقدرة على الإصلاح بينهما ، حتى يمكن الاستفادة من تحكيمهما .

وقد أبانت المادة الثامنة مهنة الحكّمين وهي، كما قلنا، مهمة شاقة تحتاج إلى خبرة وأهلية، فقررت أن على أن الحكّمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح، فإن أمكن على طريقة معينة، قرراها.

سماع أقوال الزوجين

ومن نص المادة الثامنة يفهم أن على الحكّمين، لكي يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، أن يسمعا أقوالهما وأقوال جيرانهما وأقاربهما وكل من يمكن الاستفادة من سماع أقواله في التعرف على أسباب النزاع الحقيقية بينهما، كما أن بذل الجهد في الإصلاح بين الزوجين، الذي نصت عليه المادة سالفه الذكر، يحتاج إلى عقد اجتماعات خاصة، تضم الأهل والأقارب، وتعرض فيه جميع أسباب الخلاف، والحلول الممكنة لإصلاح الطرفين، فإن أمكن على طريقة معينة قرراها، وحررا محضرا يبين في اتفاق الطرفين على طريقة معينة لحسم النزاع بينهما، وأرسلا هذا المحضر الموقع عليه، منهنّما ومن طرفي النزاع، إلى القاضي ليقرر ما يراه.

رأى الحكّمين ملزم

ورأى الحكّمين ملزم للقاضي وعليه أن يحكم بمقتضاه وقد نصت المادة الحادية عشرة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على ذلك، إذ فيها أن على الحكّمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقرراه، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه.

وهذا واضح قنّا إذا توصلنا إلى طريقة يمكن بها الإصلاح بين الزوجين لكن إذا عجز الحكّمان أو اختلفا، فما هو الحكم الواجب إصداره في الدعوى؟ وضعت ذلك المادتان التاسعة والعاشر من القانون حسب البيان التالي :

مادة ٩ - إذا عجز الحكّمان عن الإصلاح، وكانت الاساءة من الزوج أو منهنّما أو جهل الحال، قررا التفريق بطلقة بائنة.

فالمادة صريحة في أنه إذا عرف الحسكان أسباب الشقاق بين الزوجين وساولا الإصلاح بينهما وعجزا عنه فلا يخلو الحال من أن يكون قد تبين لهما أن الإساءة من الزوج أو من الزوجة أو منهما ، أو أنهما لم يستطيعا معرفة المسيء إن كانت الزوجة أو الزوج ؛ ففي جميع الأحوال ، عدا الحالة التي يظهر فيها أن الإساءة من الزوجة وحدها ، يقرر الحسكان التفريق بطلقة بائنة وبطلبان الحكم بذلك من القاضي .

أما في حالة ما إذا كانت الإساءة من الزوجة فإنها يرسلان المحضر الذي جعرا فيه كل معلوماتهما عن النزاع ، ويضمنانه رأييهما بأن الإساءة من الزوجة والقاضي يقرر رفض دعوى الطلاق في هذه الحالة .

إذا اختلف الحسكان

أما المادة العاشرة فنصت على أنه إذا اختلف الحسكان ، أمرهما القاضي بمعاودة البحث ؛ فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما . وتوضيح ذلك أنه لو اختلف الحسكان في الرأي فرأى أحدهما أن الإساءة مما تستوجب التفريق طبقا لهذا القانون بأن رأى الإساءة من الزوج أو من الزوجين أو أنه قد جهل الحال له . ورأى الآخر أن الإساءة من الزوجة فلا موجب للتفريق ففي هذه الحالة يرفعان أمرهما إلى القاضي . ولم يبين القانون كيفية رفع الأمر إلى القاضي ، هل يكتب كل منهما للقاضي برأيه منفرداً عن الآخر ، أو يجرران محضرا موقعا عليه منهما يتضمن رأى كل منهما منسوباً إليه مع عدم موافقته على رأى زميله ؟

وفي رأى أن الطريقة الثانية أولى بالاتباع . ونصت المادة على أنه متى علم القاضي أن الحكمين لم يتفقا فعليه أن يأمرهما بمعاودة البحث لعلهما يصلان إلى الاتفاق ، فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

والقانون قد سكت عن الحكم فيما إذا شجر الخلاف بين الحكيم الآخرين . والظاهر أنه يتبع معهما ما اتبع مع الحكيم السابقين عليهما ، فلا يستطيع القاضى إلا أن يأمرهما أيضا بمعاودة البحث ، فإذا استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما وهكذا .

نقد القانون

والحل الذى وضعه القانون للخلاف بين الزوجين بالطريقة المذكورة فى المادة العاشرة حل غير مجد ؛ لأننا إذا عرفنا أن الحكيم يختاران من أهل الزوجين إن أمكن ، ويكون أحدهما من أهل الزوج ، والآخر من أهل الزوجة ، وأن طبيعة النفس الميل إلى مساعدة من تربطه به رابطة القرابة أو المصلحة ، أمكننا أن نتصور أن الخلاف بين الحكيم راجع ، فى الحقيقة ، إلى نظر كل واحد منهما فى مساعدة قريبه ، والعمل على تحقيق مصلحته ، دون نظر إلى الحق فى ذاته ، على أن نظر كل واحد منهما إلى الخلاف يختلف عن نظر الآخر إليه لطبيعة الروح التى تشبع بها والجو الذى يعيش فيه ، فيقلب ، مع اختلاف نفسية كل منهما ، ألا يتفقا على أمر ولهذا كثر اختلاف الحكيم .

والحل الذى ذكره القانون ، فى هذه الحالة ، هو أن يطلب القاضى من الحكيم معاودة البحث فإن استمر خلافاهما استبدل بهما غيرهما لا يفيد ، لأن ما صادف من سبقهما قد يصادفهما فلا تكون قد جئنا غير طول الزمن ، والتمادى فى النزاع ، وتطويل أمد التقاضى . ولو أنه أعطى للقاضى سلطة ترجيح رأى أحد الحكيم والأخذ به بعد أن يستنفذ جهده فى محاولة التوفيق بينهما وأمرهما بمعاودة البحث ، لكان هذا خيرا من إرسال حكيم آخرين . كذلك لو أباح القانون للقاضى فى حالة اختلاف الحكيم أن يرسل حكما ثالثا ينضم إليهما بشرط أن يكون من غير أهل الزوجين ليقرر الثلاثة

ما يروونه ، إما بالإجماع أو بالأغلبية ، والقاضى يحكم بمقتضى التقرير المرسل منهم إليه لكان هذا أيضا أجدى من الطريقة التى عالج بها القانون حالة اختلاف الحكمين ، وبالتالى عالج بها مشكلة طلب التطبيق للضرر . فإن صعوبة إثبات الضرر وإقناع القاضى بأنه لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها وعدم الوصول إلى نتيجة من إرسال الحكمين لما ذكرناه قد جعل الزوجات يحجمن عن رفع دعاوى التطبيق للضرر وجعل الفائدة من إباحة التطبيق فى هذه الحالة غير ظاهرة .

إذا لم يقتنع القاضى بتقرير الحكمين

نص المادة الحادية عشر صريح فى أن القاضى يتبع رأى الحكمين وأنه ليس له حق عدم تقريره إذا لم يقتنع به ، بخلاف الخبير الذى ينتدب لأية مأمورية ، فإن للقاضى أن يبحث فى تقريره ، ويأخذ به إذا اقتنع بصحته . وذلك لأن الحكمين ، فى هذه الحالة ، كالقاضى فتى اتفقا على أمر وجب على القاضى تقريره . ولذلك فالقاضى يحكم بمقتضى تقرير الحكمين ؛ إما بتطبيق الزوجة طلاقه بئنه — إذا رأى الحكمان ذلك — أو برفض الدعوى إذا كان هو رأى الحكمين . وقد احتج مالك رضى الله عنه على أن للحكمين أن يقررا التفريق إن وجدا فيه صلاحا بقوله تعالى . « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان علما خبيرا . » وهناك رأى لغير المالكية يفيد أنه لا يجوز للحكمين التقرير بالتفريق بين الزوجين إلا بإذن الزوجين أنفسهما .

تطبيق المحاكم للقانون

هذا وقد طبقت المحاكم الشرعية القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية فيما يختص بالطلاق للضرر بمرونة ، وأخذ القضاة بروح المشرع ، فتوسعوا فى فهم الضرر ، وضربوا أمثلة عديدة له فى أحكامهم بما يتفق ومقصد الشارع من هذا الأمر . وثبتت هنا على سبيل المثال ، بعض

أحكام صدرت سنة ١٩٦٨ من دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة القاهرة
الكلية للأحوال الشخصية للولاية على النفس في موضوع الطلاق للضرر
ومنها يطلع القارىء على طريقة فهم القضاء لروح المشرع ومقاصده .

بسم الرحمن الرحيم

محكمة القاهرة الكلية للأحوال الشخصية للولاية على النفس

الدائرة ٢٥ كلى

بالجلسة المنعقدة علنا بمرأى المحكمة في يوم الإثنين الموافق ١٩٦٨/٥/٦
برئاسة السيد الأستاذ إبراهيم المتولى سعيده رئيس المحكمة
وعضوية الاستاذين على مرزوق رئيس المحكمة وعد الوهاب عفيفى القاضى
وبحضور الأستاذ محمد عبد الله محمد بن وكيل النيابة
وحضور محب غزى سكرتير الجلسة

صدر الحكم الآتى :

في القضية رقم ١١٧٩ لسنة ١٩٦٧ كلى أحوال شخصية القاهرة
للمرفوعة من / وداد أحمد على الشريف

ضد

سيد محمد عثمان
بشأن طلاق
المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، وسماع المرافعة الشفوية ، وإبداء النيابة رأيها
والمداولة قانونا .

وبما أن المدعية إقامت هذه الدعوى بصحيفتها المعلقة في يومى ١٢ / ٣ ،

و٢٨/١٢/١٩٦٧ قالت فيها: إن المدعية زوجة للدعى عليه بصحيح العقد الشرعى ، ودخل بها ، وعاشرها معاشرة الأزواج ، ولا تزال على عصمته وطاعته للآن ، والمدعى عليه قد أساء معاشرتها أبلغ إساءة ، من الاعتداء عليها ، والإهانة ، مما لا يمكن معه دوام العشرة بين أمثالهما ، لأنه مجرم خطر مما أدى إلى اعتقاله مرارا وتكرارا ، وآخرة مرة في الاعتقال مضى عليه فيها أكثر من سنتين ، وهى شابة في مستقبل عمرها ، وتخشى على نفسها بعده وقربه إليها ، لأنه خطر عليها وعلى المجتمع ، وقد سأله الطلاق بالطرق الودية فلم يمثل ورفض ، مما يدل على تعنته . وبقاؤها على هذه الحالة يضر بالمدعية أكبر ضرر . ولهذا أقامت المدعية هذه الدعوى تطلب الحكم لها على زوجها بطلاقها منه طلقه بائمة لسبين ، أولها : سوء أخلاقه معها فى المعاشرة ، وثانيها : وجوده فى المعتقل أكثر من سنتين ولا تعلم مدى هذا الاعتقال ، مع إلزامه المصاريف ، ومقابل أتعاب المحاماة . وقدمت المدعية لتأييد الدعوى صورة طبق الأصل من وثيقة زواج ثابت بها أن المدعى عليه تزوج المدعية فى ١٩/١٢/١٩٥٩ على صداق قدرة ١٣ جنيها وبما أن المحكمة سبق أن قضت فى ٢٢/١/١٩٦٨ غايبا وقبل الفصل فى الموضوع بإحالة الدعوى إلى التحقيق ، لتثبت المدعية بكافة طرق الإثبات القانونية ، ومن بينها البيئة ، أن زوجها ، المدعى عليه ، قد دخل بها ، وعاشرها معاشرة الأزواج ، ولا زالت فى عصمته وطاعته إلى الآن ، وأنه دائم الاساءة إليها والاضرار بها ، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ، وكثيرا ما يعتقل لحظورته على الأمن العام ، وبمكث فى المعتقلات فترات تزيد على السنة ، وأنها تتضرر من ، ذلك إذ أنها شابة وتخشى على نفسها الفتنة — ولينق المدعى عليه ذلك بذات الطرق .

وبما أنه بجلسة التحقيق أشهدت المدعية كلام محمد توفيق عباس ومحمد جلال الدين على أحمد ، وبسؤال الأول قرر أن المدعى عليه زوج للمدعية ،

من حوالى ثمانى سنوات ، ودخل عليها ، وعاشرها ، ولا زالت فى عصمته وطاعته للآن ، وقد اعتقل أكثر من مرة لخطورته على الأمن العام ، إذ أنه نفال ، وله شهرة فى الإجرام ، وصدرت ضده عدة أحكام ، ويمكن فى الاعتقال ، فى بعض الأحوال ، ثلاث سنوات ، ومدة عشرته للمدعية ، خلال فترة الزواج ، لم تزد على شهرين أو ثلاثة ، فقبايه عنها فى فترات الاعتقال يعتبر هجرا . لأنها شابة تتضرر من ذلك ، وفى فترة وجوده معها يسمى معاملتها ، فيعتدى عليها ، لأنه سكير ، ويلعب القمار ، وفى إحدى المرات اعتدى عليها بمطواة فى زراعا ، وما زالت أثر الضربة بها إلى الآن . وقد سمع أنه هددها بالقتل والتشويه . وبسؤال الشاهد الثانى ذكر أقوالا لا تخرج ، فى مضمونها ، عن جهل ما ذكره الشاهد الأول ، وأضاف أن سبب اعتداء المدعى عليه على المدعية بالمطواة كان على أثر رغبته فى بيع آنية نحاسية كبيرة لها ، ورفضها هى ذلك .

وبما أن المدعى عليه حضر بعد ذلك بالجلسة فعرضت المحكمة الصلح على الطرفين فقبل المدعى عليه ورفضت المدعية الدخول فى تجربة أخرى .
وبما أن المدعية ، بعد هذا ، طلبت القضاء بالتطليق .

وبما أن النيابة العامة ممثلة فى شخص وكيلها الأستاذ محمد سلامة قدمت مذكرة شرحت فيها الدعوى وانتهت إلى أنها ترى تطبيق المدعية من المدعى عليه طلاقا باتنا .

وبما أن المحكمة حجرت الدعوى للحكم بجلسة اليوم . وبما أن المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطالب من القاضى التفريق ، وحيث يطلقها القاضى طليقة بانه إذا ثبت الضرر ، وعجز عن الإصلاح بينها . ويرى المالكية أن ثبوت الضرر يكون بالينة

ويكفي في البينة مجرد السماع الشائع بين الرجال والنساء في أن الزوج يضار زوجته . ولا يشترط أن تكون البينة على علم تام بالضرر الذي حدث بين الزوجين . ويكفي أن يقال : سمعنا سماعاً قاصياً مستفيضاً على ألسنة النساء والخدم والجيران . وقد استقر الفقه والقضاء على أن ضرر الزوج لزوجته أمر تقديرى يقدره القاضى بحسب ما يرى من منزلة الزوجين ؛ وما يكون بين أمثالهما . وتقول محكمة النقض في هذا الصدد : إن النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ينص على أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها فلا يستطيع معه دوام العشرة يجوز لها أن تطلب التطلق — ويجز التطلق — وهو معيار شخصى لا مادى وأساس الطلاق للضرر أن من الحقوق المشتركة بين الزوجين أن يحسن كل واحد منهما معاشرة الآخر، ويحاول جهد طاقته أن يدفع الضرر عنه لئلا تنهد الحياة الزوجية بينهما ؛ لقوله تعالى ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، لأن قيام كل واحد منهما بحقوق الآخر قياماً صحيحاً . يؤدي إلى الدوام والبقاء . وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال في حجة الوداع : إن لكم من نساءكم حقاً وإن لنسائكم عليكم حقاً ، والزوجة إذا ادعت أن زوجها يضربها ، أو يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها ، ولا يستطيع معها دوام العشرة ، أو يتصل شتمه لها من غير حق ، أو يأخذ مالها ، وأثبتت الزوجة ذلك ، ولو مرة واحدة ، طلقها القاضى من زوجها طليقة بائنة (مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الأولى المدنية — دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة النقض : السنة الثالثة عشرة ، العدد الثانى ص ٦٩٧ ، قاعدة ١٠٨ ، طعن رقم ١٦ لسنة ٣٥ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٦٧/٣/٢٩) .

وبما أنه يانزال حكم هذه القواعد على واقعة الدعوى يبين أنه قد ثبت للمحكمة من أقوال شاهدى الإثبات أن المدعى عليه زوج للبدعية يلحق بها

الضرر الكثير بإساءة العشرة والمعاملة والاعتداء الجسمي بآلة حادة عليها بسبب محاولتها منعه من بيع منقولاتها لقضاء أغراضه ، التي تتم عن سوء السلوك ، كما أنه يلحقها الضرر من قضاء معظم أوقاته في المعتقلات والسجن لخطورته على الأمن العام ؛ فزواج على هذا الوجه لاخير في التمسك به بأمل لإنشاء حياة زوجية موفقة . والخير في وضع حد لمثل هذا الزواج . وعلى هذا طالما أنه قد ثبت للمحكمة الضرر الذي لا يمكن أن تحمله طبيعة المدعية ، وقد حاولت المحكمة الإصلاح بين الطرفين ولكنها لم توفق لعدم رغبة الزوجة الدخول في تجربة أخرى . ولذلك تكون شروط المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد توافرت ، ويكون طلب التطلق في محله وتقضى به المحكمة بإثنا .

وبما أنه عن المصاريف فيلزم بها المدعى عليه ، إذا خسر الدعوى عملاً بنص المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ وتدخل في ذلك أتعاب المحاماة .

وحيث أنه عن النفاذ المعجل فلا محل له إذ الدعوى ليست من حالاته .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة حضورياً بتطبيق المدعية وداد أحمد على الشريف من زوجها المدعى عليه سيد محمد عثمان طليقة أولى بائنة ، وألزمت المدعى عليه المصاريف وخمسين قرشاً مقابل أتعاب المحاماة .

رئيس المحكمة

إمضاء

بسم الرحمن الرحيم

باسم الأمة

محكمة القاهرة الكلية للأحوال الشخصية

للولاية على النفس

الدائرة ٢٥ كلى

بالجلسة المنعقدة علنا بمرأى المحكمة في يوم الإثنين الموافق ١٥/٤/١٩٦٨

برئاسة الأستاذ على مرزوق رئيس المحكمة

وعضوية الأستاذ محمد عبد الله محمدين وكيل النيابة

وحضور محب غزى سكرتير الجلسة

صدور الحكم الآتى :

في القضية رقم ١١٨٣ لسنة ١٩٦٧ كلى أحوال شخصية القاهرة

المرفوعة من أنعام على أبو إسماعيل

ضد

بشأن طلاق

محمد مصطفى عمر

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة الشفوية، وإبداء النيابة رأيها،

في الدعوى والمداولة قانوناً، وبما أن المدعى عليه أعلن ولم يحضر، فيجوز الحكم

في غيبته، عملاً بنص المادة ٢٨٣ من الرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١

وبما أن المدعية أقامت هذه الدعوى بصحفتها العلنية في ٢٤/١٢/١٩٦٧

قالت فيها : إن المدعية زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى الموثق

في ١٠/٤/١٩٦١، ودخل بها، وعاشرها معاشرة الأزواج، ولا يزال على عصمته وفي طاعته حتى الآن. غير أنه تنكر لها أخيراً، وأخذ يسيء معاملتها، ويكثر من التعدي عليها بالسب والضرب والإيذاء حتى انتهى به الأمر، أخيراً، إلى اتهامها في عرضها وشرفها، ولم يفته الأمر به عند هذا الحد، بل فوجئت به في شهر سبتمبر سنة ١٩٦٧ يحاول قتلها بأن طعنها بسكين حادة عدة طعنات كادت تودي بحياتها، لولا لطف الله ورحمته، التي تداركت المدعية فكتبت لها الحياة، وقد قبض على المدعى عليه، واتهمته النيابة العامة في قضية الجناية رقم ٩٧٥٢ لسنة ١٩٦٧ جنابات المطاربة بالشروع في قتل المدعية، ولا يزال التحقيق جارياً في هذه الجناية، مستمر حتى اليوم. وقد حبس المدعى عليه على ذمة هذه الجناية أكثر من شهر، ثم أفرج عنه السيد قاضي المعارضات لحين الانتهاء من التحقيقات في تلك الجناية، ونظراً لأن دوام العشرة واستمرارها بين المدعية والمدعى عليه مستحيلة بعد أن اتهمها في عرضها، وبعد أن شرع في قتلها، فإن المدعية تتضرر من استمرار العشرة بينهما وتطلب سماع المدعى عليه الحكم بتطبيق المدعية من المدعى عليه طلاقاً أولى بآئنة للضرر مع إلزامه المصاريف شاملة مقابل أتعاب المحاماة بحكم مشمول بالنفاذ، طليقاً من قيد الكفالة. وقدمت المدعية لتأييد الدعوى صورة طبق الأصل من وثيقة عقد زواج المدعى عليه بالمدعية في ١٠/٤/١٩٦١. وبما أن المحكمة سبق أن قضت في ١٨/١/١٩٦٨ غيباً وقبل الفصل في الموضوع بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المدعية، بكافة طرق الإثبات القانونية، ومن يثني البينة، أنها، وهي زوجة المدعى عليه بصحيح العقد الشرعي، وفي طاعته وعصمته، اعتاد الاعتماد عليها بالضرب وتوجيه عبارات ولفاظات السباب والإساءة إليها في العشرة، وأن الحال أصبح لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما. ولينفي المدعى عليه ذلك بذات الطرق.

وبما أنه بمجلسة التحقيق أشهدت المدعية كلامي، على حقي، وإبراهيم السيد

خليل - وبسؤال الأول قرر أنه يسكن بجوار منزل الزوجية وأنه يشهد بأن المدعى عليه تزوج المدعية ودخل بها وعاشها معاشرة الأزواج، وفي خلال السنتين الأخيرتين لاحظ أنه دائماً يعتدى عليها بالضرب والسب والشم ، ويتهما في عرضها، ومن حوالى خمسة أشهر ضربها بسكين ونقلت إلى المستشفى ومكثت به تعالج حوالى شهر وبسؤال الشاهد الثانى ردد الأقوال التى ذكرها الشاهد الأول وأضاف إليها أنه حضر شجاراً سابقاً على الاعتداء بالسكين شاهد فيه المدعى عليه وهو يمسك برقبة المدعية، ويضعها على جهاز البوتاجاز، وقد هرب المدعى عليه بعد حادث الاعتداء بالسكين ، ودائماً يسأل عنه رجال المباحث .

وبما أن المدعية بعد ذلك طلبت الحكم لها عليه بالتطليق، وبما أن المدعى عليه لم يحضر ، ومن ثم لم توفق المحكمة إلى عرض الصلح على الطرفين. وبما أن النيابة العامة ممثلة فى شخص وكيلها الأستاذ حسن محمد مهنى قدمت مذكرة شرحت فيها الدعوى وقالت إن ما أثاره المدعى عليه من اعتداء على المدعية قد وصل حداً من الضرر لا يمكن احتماله . ولهذا فالنيابة ترى الحكم بتطليق المدعية من زوجها المدعى عليه طلاقاً بائنة وإلزامه للمصاريف . وبما أن المحكمة حجت الدعوى للحكم لجلسة اليوم .

وبما أن المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز أن تطالب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلاقاً بائنة إذا ثبت الضرر ويجز عن الإصلاح بينهما ، ومعنى ذلك أنه إذا ادعت الزوجة أن زوجها يضربها ، أو يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها ، ولا يستطيع معها دوام العشرة ، أو يقطع كلامه عنها ، أو يحول وجهه عنها ، أو يؤثر امرأة عليها فى الكلام ، أو يمنعها من زيارة والديها ، أو يتصل شتمه لها من غير حق ، أو يأخذ مالها ، وطلبت التفريق بينها وبين زوجها لهذا الضرر ، فإن أثبتت

الضرر طلقها القاضى من زوجها طلاقاً بائناً. ويرى المالكية أن ثبوت الضرر يكون بالبينة ويكفى في البينة مجرد السماع الشائع بين الرجال والنساء في أن الزوج يضار زوجته ، ولا يشترطون أن تكون البينة على علم تام بالضرر الذى حدث بين الزوجين . ويكفى أن يقال : سمعنا سماعاً فاشياً مستفيضاً على ألسنة النساء والخدم والجيران . وتقول محكمة النقض في هذا الصدد : إن الشارع اشترط للقضاء بالتطليق ثبوت الضرر بما لا يستطيع معه دام العشرة وعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين ، وتقول في حكم آخر : لأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت الضرر الحاصل من الضرب ، والإيذاء والمهجر فإنه لا يكون قد خالف القانون في تطبيقه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أن الطلاق لإضرار الزوج بزوجه يكون بطلقة بائنة (الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور أحمد الفندور الطبعة الأولى أغسطس سنة ١٩٦٧ ص ١٣٥ شرح الخطاب الجزء الرابع ص ٣٣، مجموعة أحكام النقض الصادرة من الدائرة المدنية السنة الثالثة عشرة العدد الثانى طعن رقم ٢٨ لسنة ٢٩ أحوال شخصية ص ٤٨٢ قاعدة ٧٣ جلسة ١٨/٤/١٩٦٢ ، والسنة الرابعة عشرة العدد الثانى طعن رقم ٤ لسنة ٣٢ أحوال شخصية ص ١٥، (قاعدة ٧٣ جلسة ١٠/٤/١٩٦٣))

وبما أن المحكمة تستظهر من أوراق الدعوى ومستنداتها والتحقيق الذى أجرى بها أن المدعى عليه دائم الاعتداء بالضرب والسب والشتم على زوجته المدعية ، وقد ثبت من أقوال شاهدهى الإثبات أنه اعتدى عليها بالسكين، ونقلت للمستشفى للعلاج ، وكثيراً ما يوجه إليها ألفاظ الإهانة والسباب، الأمر الذى ترى معه المحكمة أن عناصر المادة السادسة قد توافرت في الدعوى ويكون طلب التطليق محل رعاية المحكمة وتقضى به بائناً .

وبما أنه عن المصاريف فيلزم بها المدعى العام إذا خسر الدعوى، صلا

نص المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٢٩ ويدخل في ذل
الاتعاب .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة غايا بتطبيق المدعية أنعام على إسماعيل من زوجها المدعى
عليه محمد مصطفى عمر طلبة بائة وألزم المدعى عليه بالمصاريف ومائة
قرش أتعاب محاماة ورفضت طلب النفاذ ؟

رئيس المحكمة

إمضاء

صدر هذا الحكم وتلى علنا بجلطة ١٥/٤/١٩٦٨ بالقضية المذكورة وسمع
الرافعة ووقع على أسبابه كل من الأستاذ منولى سمعه رئيس المحكمة وعضوية
الأستاذين على مرزوق رئيس المحكمة وعبد الوهاب عفيق القاضى ؟

رئيس المحكمة

إمضاء

التطبيق لغيبية الزوج أو حبسه

أوضح القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - الخاص ببعض أحكام الأحوال
الشخصية - الأحوال التي يجوز فيها للزوجة أن تطلب إلى القاضى تطبيقها
بائنا. وقد خالف هذا القانون في ذلك بعض مائص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة
١٩٢٠ وذلك فى المواد (١٢ ، ١٣ ، ١٤) حسب التفصيل الآتى :

القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

مادة - ١٢ - إذا غاب الزوج سنة ، فأكثر ، بلاعذر مقبول جاز
لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطبيقها بائنا ، إذا تضررت من بعده عنها، ولو
كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

شرح القانون

نص المادة السابقة يبيح للزوجة، إذا غاب عنها زوجها، سنة، فأكثر، بلاعذر

مقبول أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ، سواء كان له مال تستطيع الإنفاق منه ، أو ليس له مال . إما الغياب لطلب العلم أو للتجارة ، أو انقطاع المواصلات ؛ فإن الغياب في هذه الأحوال وأمثالها فهو غياب بعذر مقبول ومن ثم فلا بد من تحقق ما يأتي :

١ - الغيبة سنة فأكثر ، وذلك بالإقامة في بلد آخر خلاف بلد الزوجة ، فلا حلاق إذا كان الغياب لم يستمر سنة كاملة ، وكذلك إذا كان غياب الزوج عن زوجته سنة فأكثر مع إقامتهما في بلدة واحدة .

٢ - أن يكون الغياب بغير عذر مقبول .

٣ - أن تتضرر الزوجة من بعده زوجها عنها ... فإذا ثبت من شهودها أو شهوده أنها غير متضررة من بعده عنها لم يحكم بطلاقها .

وهذا الحكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك رضي الله عنه وقد شرحت المذكور التوضيحية للقانون وجهة الأخذ به فقالت :

« كذلك قد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول (كطلب العلم ، أو التجارة ، أو انقطاع المواصلات) ثم هو لا يحمل زوجته إليه . ولا هو يطلقها لتخذها زوجا غيره . ومقام الزوجة على هذا الحال زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف ، أمر لا تحتمله الطبيعة في الأعم الأغلب ، وإن ترك لها الزوج ما تستطيع الإنفاق منه . وقد يقترب الزوج من الجرائم ما يستحق عقوبة السجن الطويل فتقع زوجته في مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب . وليس في أحكام مذهب أبي حنيفة . ما تعالج به هذه الحالة ومعالجتها واجب اجتماعي محتم ، ومذهب الإمام مالك يحجز التطليق على الغائب الذي يترك لزوجته ما تنفق منه على نفسها إذا طالبت غيبته سنة فأكثر وتضررت الزوجة من بعده عنها ... »

إعذار القاضي للزوج

مادة ١٣ - إن أئمة ، صول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي

أجلا ، وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها ، أو ينقلها إليه ، أو يطلقها . فإذا انقضى الأجل ، ولم يفعل ، ولم يبد عذرا مقبولا ، فرق القاضى بينهما بتطبيقه بائنة . وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعدار وضرب أجل .

شرح القانون

شروط ضرب الأجل للغائب

ضرب الأجل للغائب مشروط بالآتى :

١ - أن يكون مكانه معلوما .

٢ - أن يكون فى الإمكان وصول الرسائل إليه بأحدى الطرق المتعارف إرسال الرسائل بها . والأفضل أن يكون ذلك عن طريق رسمى ، وهو طريق سفارات الدولة فى الخارج إذا كان غائبا خارج حدود الدولة — أو بطريق قلم المحضرين ، أو بطريق البريد المسجل ، إذا كان داخل الدولة . فإن كان غير يمكن وصول الرسائل إلى الغائب ، بأن كان فى مكان لا تصل إليه الرسائل ، أو كان مجهول المحل بحيث لا يمتدى إلى عنوانه ، لم يمكن إيصال الرسائل إليه ، فإن القاضى يطلق زوجته منه بلا إعدار وضرب أجل .

وضرب الأجل بعد ثبوت الدعوى إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب والإعذار اليه يتضمن تخييره بين أحد أمور ثلاثة هى :

١ - حضوره للإقامة معها .

٢ - نقلها إليه .

٣ - تطلقها .

فإن فعل واحدا منها أنهى الخصومة فى قضية الطلاق ، وإن لم يفعل بعد انقضاء الأجل ، ولم يبد عذرا مقبولا ، فرق القاضى بين الزوجين بتطبيقه بائنة .

الغائب الذى انقطعت أخباره

اشتترطت المادة الثالثة عشرة أن يكون الغياب بلا عذر مقبول. ويعنى بهذه الحالة ألا يقدم نائب عن الزوج ما يثبت أن غيابه بعذر مقبول ، فعبء الإثبات فى أن الغياب بعذر مقبول هو على عاتق المدعى عليه فى هذه الحالة. أما المدعية وهى الزوجة فيكفى فى ثبوت دعواها عدم ثبوت أن الغياب بعذر مقبول ، بأن كان الزوج غائبا ولا يعرف سبب غيابه لجهل حاله ، وانقطاع أخباره ؛ فمن غاب ، وانقطعت أخباره ، ولم تعرف حياته من مآثه ، ورفعت عليه زوجته دعوى تطالب بالحكم لها عليه بتطبيقها منه للغيبه ، إذا لم يحضر من ينوب عن المدعى عليه (الزوج) ويدفع الدعوى بأن العذر الذى من أجله غاب الزوج هو عذر مقبول ، وبثبت ذلك ياحدى وسائل الإثبات الشرعية ، فإن القاضى يحكم بتطبيق الزوجة من هذا الزوج الغائب طلاقه بائنة بدون إعدار ولا ضرب أجل .

تطبيق زوجة المحبوس :

مادة ١٤ — لزوجة المحبوس ، المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر ، أن تطالب إلى القاضى ، بعد مضى سنة من حبسه ، بالتطبيق عليه بائنا للضرر ، ولو كان له مال تستطيع الإتفاق منه .

شرح القانون

رأت المادة الرابعة عشرة قياس حالة الزوج المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين على حالة الزوج الغائب . وقد بينت المذكرة التوضيحية للقانون حكمة هذا القياس فقالت :

« الزوج الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر ، يساوى الغائب الذى طال غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها ، كما يساوى الأسير فى ذلك ، فيجوز لزوجة طلب التطبيق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير ، لأن المناط فى ذلك تضرر الزوجة من بعده عنها ، ولا دخل لكون البعد باختباره ،

أو قهرا عنه ، بدليل النص على أن لزوجـة الأسير حق طلب التـطليـق إذا تضررت من بعد زوجها عنها .

شروط هذه الدعوى

اشترطت المادة الرابعة عشرة للحكم للزوجـة بالتطليـق على زوجها المحبوس ما يأتي : -

- ١ - أن يكون الزوج قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ونفذ الحكم .
 - ٢ - أن تكون مدة الحكم ثلاث سنين فأكثر ، فإذا حكم عليه بأقل من ثلاث سنين فلا تقبل الدعوى ، وترفض .
 - ٣ - أن يكون الحكم نهائياً ، فإذا كان الحكم غير نهائى بأن كان قابلاً للطعن عليه بأحدى طرق الطعن القانونية فلا تقبل الدعوى .
 - ٤ - أن يكون قد أمضى فى الحبس سنة فأكثر ، فقبل مضى سنة من تاريخ الحبس لا يجوز رفع دعوى الطلاق ، ولا الحكم به .
- والتطليـق ، فى هذه الحالة ، بدون إعدار ، ولا ضرب أجل ، لعدم الفائدة منه ، فإن الضرر قد تحقق فعلاً ، ولا يملك الزوج رفعه ؛ لأنه مقيد الحرية .

ولا يقال : إن الوفاء يقضى بأن تنتظر الزوجة مضى مدة الحبس ، وبخاصة فى حالة ما إذا كان للزوج ما يستطيع الإتفاق منه ، لأن القانون لم يمنع الزوجات من الوفاء لأزواجهن ، فمن وازنت بين الوفاء لزوجها ، وبين الضرر الذى ينالها من بعده عنها ، ورأت ألا تطلق منه كان لها ذلك ، ومن تضررت ، وآثرت تطليقها منه ، يجوز لها رفع دعوى الطلاق ، وحكم القاضى لها به .

القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠

مانتقدم كان موقف القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من التفريق وقد تعرض القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ للتفريق بالغيب في المواد (١١ ، ١٠ ، ٩) كما تعرض للتفريق للغيبة والإعسار في المواد (٤ ، ٥ ، ٦) منه وذلك على التفصيل الآتي :

التطليق للعجز عن النفقة

مادة ٤ - إذا امتنع الزوج عن الإيفاء على زوجته ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ، ولم يقل إنه معسر ، أو موسر ، ولكنه أصر على عدم الإيفاء طلق عليه القاضي في الحال . وإن ادعى العجز ، فإن لم يثبت طلق عليه حالا ، وإن أثبت أمهله مدة لا تزيد على شهر ، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

أبانت المادة سالفة الذكر أن الزوجة إذا امتنع زوجها من الإيفاء عليها ، ويظهر ذلك من صدور حكم لها عليه بالنفقة وامتناعه عن تنفيذ هذا الحكم ، فللمرأة إذا تضررت من ذلك ، أن ترفع الدعوى ضد هذا الزوج تطالب بالتطليق . ثم يبينت المادة متى يحكم للزوجة بالتطليق حالا ، ومتى يمهل الزوج ، ومدة هذا الإمهال حسب البيان التالي :-

١ - ترفض الدعوى

إذا رفعت المرأة دعواها ضد زوجها طالبة الطلاق منه ، لأنه لا ينفق عليها وتبين للحكمة أن للزوج مالا ظاهرا ، فلا يحكم للزوجة بطلباتها ، بل ترفض دعواها ، وينفذ حكم النفقة الصادر لها عليه في ماله الظاهر .

٢ - تقبل الدعوى ويحكم بالطلاق حالا

وإذا لم يكن للزوج مال معروف يمكن تنفيذ حكم النفقة الصادر

للزوجة منه، وجاء الزوج أومن بنوب عنه أمام القاضي، ولم ينكر الدعوى ، ولم يقل إن سبب امتناعه هو إعساره كما لم يقل إنه موسر ، وأصر على عدم الإنفاق، فيحكم القاضي بالطلاق فوراً؛ لأن هذا إضرار بالمرأة وظلم من الزوج. والظاهر صدقها فيما تدعيه . وكذلك يطلق القاضي الزوجة من زوجها حالا، إذا ادعى الزوج أنه عاجز عن الإنفاق لأسباب طارئة، ولم يستطع أن يثبت هذا العجز ؛ إذ يكون في هذه ظالماً مضراً لزوجته .

٣ - إمهال الزوج فترة زمنية

وإذا ادعى الزوج أنه، لأسباب طارئة، أصبح عاجزاً عن النفقة ، لكنه مستقبلاً سيصبح قادراً ، واستطاع أن يثبت أنه عاجز لا ماطل ، ولا متعمد الإضرار ، أمهله القاضي مدة حددها الأقصى شهر ، فإن استطاع أن يحضر النفقة التي يقدرها عليه القاضي ، في الموعد المضروب له ، رفضت دعوى الطلاق ، وإن لم يتفق طلق القاضي عليه بعد ذلك .

لا يتكرر الأجل :

نص المادة صريح في منع القاضي من تكرار الإمهال - فقد أبانت أن مدة الإمهال لاتزيد على شهر ، وأوجبت على القاضي أن يطلق على الزوج بعد انتهائها .

مادة هـ - إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر، وأعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة ، وضرب له أجلاً ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر الإنفاق عليها ، طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل .

فإن كان بعيد الغيبة ، لايسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ،

أو كان مفقوداً ، وثبت أن لأمال له تنفق منه الزوجة ، طلق عليه القاضى .
وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يسرى بالنفقة .

شرح القانون .

أبانت المادة المذكورة أن الغائب إن كانت غيبته قريبة ، وكان له مال ظاهر ، وطلبت زوجته التطبيق عليه لعدم إنفاقه عليها ، وأثبتت ذلك بأن كان لها عليه حكم بالنفقة ، ولم تستطع تنفيذه ، فوقف الغائب ، فى هذه الحالة ، هو كمرقأ ادعاء الزوجة على زوجها الحاضر الامتناع عن الإنفاق عليها وكان له مال ظاهر . ففى كلتا الحالتين يأمر القاضى بتنفيذ حكم النفقة الصادر للزوجة فى مال زوجها الظاهر المعروف ، ولا تطلق عليه فى هذه الحالة .

الإمهال

أما إذا لم يكن للغائب ، قريب الغيبة ، مال ظاهر ، فالقاضى يعذر إليه بالطرق المعروفة ، إما بواسطة الشرطة (البوايس) أو بإعلان على يد محضر ، أو بخطاب بالبريد موصى عليه ، ويضرب له ، فى هذا الإقرار ، أجلاً للإنفاق فيه على زوجته ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر للانفاق عليها ، طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل .

التطبيق حالا

أما إذا كان الغائب ، بعيد الغيبة ، لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقوداً ، وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة على نفسها . وععب الإثبات لهذه المسائل كلها - من بعد الغيبة ، وعدم سهولة الوصول إليه ، وجهالة محل إقامته ، وإثبات أنه مفقود ، وإثبات أنه لا مال له تنفق منه الزوجة على نفسها - يقع شرعاً ، على عاتق المدعية ، وهى الزوجة : ففى الحالات المذكورة إذا ثبتت ، فإن الزوجة على زوجها مالا . وقد أثبتت النفقة الأتيرة للمادة ٢٥٠ المسجون ، الذى يسرى بالنفقة ، بالغائب ، فى كل ما ذكر من أحكام .

وقد أبانت المادة عن تفسير الغيبة البعيدة ، بأنها هي التي يكون الشخص فيها غير معروف المكان ، أو فقد ولا يعلم أحي هو أو ميت ، أو يكون في مكان لا يمكن وصول الإعلانات إليه .

الطلاق للإعسار رجعي

وأبانت المادة السادسة أن الطلاق لعدم الإنفاق يقع رجعياً ونهت على أن للزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إعساره ، واستعد للإنفاق في أثناء العدة ، فإن لم يثبت إعساره ، ولم يستعد للإنفاق ، لم تصح الرجعة . ولكن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ جعل التطليق للغيبة يقع بائناً لا رجعياً بالشروط التي سبق بيانها ، ولذلك إذا طلبت الزوجة من القاضي أن يطلقها للغيبة وللإعسار تطبيقاً لمواد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كان عليه أن يطبق المادة الخامسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمادة الثانية عشرة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد طبق ذلك فعلاً في قضاء الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية المتحدة . وفيما يلي نموذج لذلك :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باسم الأمة

محكمة القاهرة الكلية للأحوال الشخصية

للولاية على النفس

الدائرة ٢٥ كلى

بالجلسة المنعقدة علناً بمرأى المحكمة في يوم الإثنين الموافق ١٩٦٨/٥/٦
برئاسة السيد الأستاذ إبراهيم المتولى سعيده رئيس المحكمة

وعضوية الأستاذ على مرزوق رئيس المحكمة وعبد الوهاب عفيق القاضى
وبحضور الأستاذ محمد عبدالله محمدين وكيل النيابة
وحضور الأستاذ محب غزى سكرتير الجلسة
صدر الحكم الآتى :

فى القضية رقم ١١٤٨ سنة ١٩٦٧ كلى أحوال شخصية القاهرة .
المرفوعة من بدرية محمد أحمد أبو العلا

ضد

سعيد الأخضر محمد قاسم بشأن طلاق
المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، وسماع المرافعة الشفوية ، وإبداء النيابة رأيها
والمداولة قانوناً . وبما أن المدعى عليه أعلن ولم يحضر ، فيجوز للمحكمة أن تحكم
فى غيبته عملاً بنص المادة ٢٨٣ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وبما
أن المدعية أقامت هذه الدعوى بصحفتها المعلقة فى ١٨/١١/١٩٦٧ قالت فيها :
إن المدعية زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى ، ولم يدخل بها حتى
الآن ، ولا تزال بعصمته وطاعته ، وهى آتنة ويخشى عليها من الفتنة .
والمدعى عليه فقير معسر ، ولا تعلم له محل إقامة ، وقائب عنها منذ عقد
الزواج فى ١٤/١٠/١٩٦٥ للآن ، وليس له مال ظاهر يمكنها الإتفاق منه ، وقد
طالبته بتطبيقها منه للغبية والإعسار فامتنع بغير حق ولا وجه شرعى لذلك
تدعى المدعية على المدعى عليه بما ذكر ، وتطلب تطبيقها من المدعى عليه
للغبية والإعسار ، وعدم وجود مال ظاهر يمكنها الإتفاق منه ، وإلزامه
المصاريف والأتعاب ، وقدمت المدعية لتأييد الدعوى صورة طبق الأصل
من وثيقة عقد زواج ثابت بها أن المدعى عليه تزوج المدعية فى ١٤ أكتوبر
سنة ١٩٦٥ على صداق قدره خمسون جنيهاً .

وبما أن المحكمة سبق أن قضت في ١٩٦٨/٣/٥ غيابياً ، وقبل الفصل في الموضوع ، بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المدعية ، بكافة طرق الإثبات القانونية ، ومن بينها البينة . أن زوجها المدعى عليه ، بعد أن عقد عليها ، تركها ، ولم يدخل بها ، ولا زالت في عصمته وطاعته ، وغاب عنها إلى جهة غير معلومة لها ، دون نفقة ولا منفق ، وأنه فقير معسر لا مال له تستطيع الأخذ منه للإنفاق - ولينفى المدعي عليه ذلك بذات الطرق .

وبما أنه بمجلسة التحقيق أشهدت المدعية كلا من يحيى محمد حسن وإبراهيم عبد الحيد إبراهيم . وبسؤال الأول قرر أن المدعى عليه عقد قرانه على المدعية من سنتين ، وقد شاهده في ظروف ذلك . ثم تركها بعد هذا ، دون أن يدخل بها ، إلى جهة مجهولة ، وقد بحثت عنه فلم تجده ، وظل في مكانه المجهول طيلة هذه المدة دون أن ينفق عليها ، أو يجيئها على أحد للإنفاق ، أو يرسل إليها من مكان غيابه ما يعينها على الإنفاق . وهو ، في نفس الوقت ، فقير معسر لا مال له ولا ملك تستطيع أن تأخذ منه للإنفاق ، فقد كان وقت وجوده بائعاً ، متجولاً ، يتكسب خمسين قرشاً يومياً . وبسؤال الشاهد الثاني ذكر أقولاً لا يخرج في مجموعها عن مجمل ماذكر الشاهد الأول .

وبما أن المدعية طلبت ، بعد هذا ، القضاء لها بالنفريق . وبما أن المدعى عليه لم يحضر لدفع الدعوى أو إيداء ما يناقضها . وبما أن النيابة العامة ممثلة في شخص وكيلها الأستاذ عصام محمد خشبة قدمت مذكرة شرحت فيها الدعوى . وانتهت إلى أنها ترى الحكم بتطبيق المدعية من المدعي عليه طلاقاً بائناً .

وبما أن المحكمة حجرت الدعوى للحكم لجلسة اليوم .

وبما أن المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تنص على أنه إذا كان الزوج بعيد الغيبة ، ولا يمكن الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان

مفقودا وثبت أنه لا مال له، تستطيع أن تنفق منه الزوجة على نفسها طلاق عليه القاضى. وبمعرفة الشراح الغيبة البعيدة بأن يكون الشخص فيها غير معروف المكان أو فقد ولا يعلم أى هو أم ميت، أو الذى لا يمكن وصول الاعلانات إليه ومن المقرر فى مذهب الإمام مالك - الذى أخذ منه القانون أحكام التطلق فى حالة الغيبة والإعسار - أنه إذا ادعت الزوجة أن زوجها غائب عنها ، ولم يترك لها نفقة ، وليس له مال تنفق منه ، وطلبت التطلق لذلك ، وكانت الغيبة بعيدة ، وأثبتت الزوجة وقائع دعواها من غيبة زوجها غيبة بعيدة . وعسره ، فإن القاضى يطلقها عليه فى الحال ، بدون تلوم ولا إعدار . ونصت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن كل طلاق يقع رجعى إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال وما نص على كونه باثنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

وبما أنه يانزال حكم هذه المادة على واقعة الدعوى بتبين أن المدعى عليه زوج للبدعية ، ولا زالت على عصمته ، وفى طاعته للآن ، وقد ثبت من أقوال شاهدى الإنبات أنه غاب عنها منذ أكثر من سنتين إلى جهة غير معلومة ، وقد بحث عنه فلم تجده ، وأنه معدم فقير معسر لا مال له ولا ملك تستطيع أن تأخذ منه للإنتفاق . وهو لم ينفق عليها خلال المدة السابقة ، ولم يحلها على أحد للإنتفاق ، ولم يرسل إليها من مكان غيابه ما يفياها .

وبما أنه عن المصاريف فيلزم بها المدعى عليه إذ خسر الدعوى عملا بنص المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣٠ ويدخل فى ذلك الاتعاب .

وبما أنه عن النفاذ المعجل فلا محل له إذ الدعوى ليست من حالاته .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة ، غايبا ، بتطبيق المدعية بدرية محمد أحمد أبو العلا من

زوجها المدعى عليه سعد الأخضر محمد قاسم طلفة أولى بآئنة وألزمت المدعى عليه المصاريف ونحسين قرشا مقابل أتعاب المحاماة .

ملاحظات :

أولا : ما تقدم هي حالات التطبيق التي تعرض لها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهناك حالات سكنت عنها كل من القانونين المذكورين ، وثبتت فيها البينة من غير توقف على قضاء القاضي ، كالإبلاء ، أو تكون بتفريق القاضي كاللعان ، فهذه الحالات يكون الحكم فيها طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة . وذلك تطبيقا للمادة (٢٨٠) من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

ثانيا : إذا شك الزوج في أصل الطلاق ، بأن لم يعلم يقينا هل طلق زوجته أو لم يطلقها ، فشكه هذا لا يثبت به طلاق ، فاليقين لا يزول إلا بيقين مثله ومتى كان الزواج ثابتا يقين ، فلا يزول بمجرد الشك في حصول الطلاق . ولذلك تستمر الزوجة زوجة ولا يحكم بطلاقها إلا إذا طلقها زوجها يقين . وإذا شك الزوج في عدد الطلقات فإنه يحكم بالأقل ؛ لأنه في هذه الحالة موقن بوقوع طلاق ، ولكنه لا يدري عدده ؛ فإذا كان التردد بين طلقة وثلثتين ، حكم بواحدة ، وإن كان التردد بين ثنتين وثلث ، حكم بثلثتين ؛ لأن ذلك هو الثابت يقين . وإذا كان الشك في صفة الطلاق أرجحى هو أو بآئن فإنه يحكم بالاضعف وهو الرجعى ؛ لأنه المتيقن .

الطلاق المنجز ، والملحق ، والمضاف

المذهب الحنفي

تنجيز الطلاق :

هو تحقيقه في الحال ، فيقع بمجرد التلفظ بعبارة ، وذلك كقول الزوج : وجهه : أنت طالق ، أو أنت بآئن .

تعليق الطلاق :

وتعليق الطلاق على أمر هو : ربط حصوله بذلك الأمر بأدوات الشرط أو مافى معناها . وأدوات الشرط هي : إن ، وإذا ، وكلما ، وماشابهها ؛ فالتعليق بأداة الشرط الصريحة مثل أن يقول لزوجته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق . والتعليق بما في معنى أداة الشرط ، كأن يقول الرجل : المرأة التي أتزوجها طالق ، فإنه على معنى قوله : إذا تزوجت امرأة فهي طالق .

إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل :

وإضافة الطلاق إلى زمن مستقبل هو ربط حصوله بذلك الزمن بغير أداة من أدوات الشرط أو مافى معناها ، مثل أن يقول الزوج لزوجته : أنت طالق غدا ، أو يقول : أنت طالق أول الشهر القادم . والطلاق المضاف إلى زمن مستقبل ، والمعلق على أمر ، يشتركان في عدم الوقوع للحال ، فالطلاق المضاف إلى زمن لا يقع الا عند مجيء ذلك الزمن بشرط تفصلها فيما بعد ، وكذلك الطلاق المعلق لا يقع الا بعد تحقق الأمر المعلق عليه . ومن ثم فهما يفرقان فيما يأتي :

الفرق بين التعليق والإضافة :

يفرق بين الطلاق المعلق والطلاق المنجز من عدة وجوه :
أولا : التعليق يكون على أي أمر من الأمور ، سواء أكان فعلا من أفعال الزوج ، أو الزوجة ، أو غيرهما ، أم كان من الأمور الكونية التي لا تدخل فيها لأحد من الناس ، أم كان زمنا . من الأزمنة ... أما الإضافة فإنها تكون إلى الزمن المستقبل على سبيل التحديد .

ثانيا : التعليق يكون بعبارة مشتملة على أداة من أدوات الشرط أو ما هو في معناها . أما الإضافة إلى زمن مستقبل فليست كذلك .
ثالثا : في التعليق على أمر لا يقع الطلاق فيه إلا بعد تحقق ذلك الأمر تماما .

أما في إضافة الطلاق الى زمن مستقبل فإن الطلاق يقع مع أول جزء من أجزاء وجود ذلك الزمن مع ملاحظة أنه إذا علق الطلاق على زمن مستقبل فإنه لا يقع إلا بعد تحقق أول جزء من ذلك الزمن . ولهذا فرق الفقهاء بين قول الرجل لعبده : أنت حر ، غدا ، وبين قوله : إذا جاء الغد فأنت حر ، وكان الغد هو عيد الفطر ؛ فقالوا في حالة الإضافة الى الزمن أنت حر غدا ، يعتق العبد مع أول جزء من أجزاء الغد ، ولا تجب على السيد صدقة فطره ؛ لأنه حر من أول اليوم . أما في حالة تعليق حرثته على مجيء الغد ، فلا يعتق العبد إلا بعد تحقق أول جزء من الغد . ومن ثم تكون صدقة فطره واجبة على السيد ؛ لأن أول جزء من الغد قد جاء وهو مملوك .

رابعا : التعليق عند فقهاء الحنفية يمنع انعقاد السبب ؛ فقد قالوا : أُلغى بالشرط لا ينعقد سببا حقيقة وإن انعقد صورة ، فإذا قال رجل لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فكأنه لم يتكلم بقوله : أنت طالق قبل دخول الدار ، حين يوجد دخول الدار يوجد الشرط أى يوجد التكلم بقوله : أنت طالق ، لأن الإيجاب لا يوجد إلا بركنه ، أى حين يوجد الشرط ، وهو دخول الدار ، ولا يثبت إلا في محله . وههنا وإن وجد الركن وهو أنت طالق لكن لم يوجد المحل ؛ لأن الشرط حال يثبته وبين المحل فبقى غير مضاف إليه ، أى غير متصل بالمحل وبدون الاتصال بالمحل لا ينعقد سببا في الشرط فصيغة الطلاق التي جعلها الشارع سببا في وقوعه يتوقف انعقادها - في الطلاق المعلق على أمر - على تحقق ذلك الأمر ، فيتحققه انعقاد السببية ويترتب أثرها عليها ، ويكون المعلق ، عندئذ ، بمثابة المنجز . أما في الإضافة فإن الصيغة تنعقد سببا بمجرد التلفظ بها ، ولكن لا يترتب عليها أثرها إلا بمجيء الزمن المضاف إليها .

وعما تقدم يعلم أن صيغة تنجز الطلاق تنعقد ، ويترتب أثرها عليها

فور التلفظ بها ، وأن صيغة التعليق يتأخر فيها الإمران جميعاً حتى يتحقق الشرط المعلق عليه . أما صيغة الإضافة فتتعدد سبباً في الحال . وأثرها هو الذي يتأخر إلى مجيء الزمن المضاف إليه .

الطلاق المنجز

شروط صحة التنجيز :

يشترط الأحناف لصحة تنجيز الطلاق أن يكون في حال قيام الزوجية الصحيحة ، أوفى أثناء العدة من طلاق رجعي أو بآن ؛ ويلحق بذلك عدة الفسخ بسبب الردة ، أو بسبب الإباء عن الإسلام ، حيث يصح فيها تنجيز الطلاق .

فإن كان التنجيز في غير ذلك كان باطلاً ؛ مثل أن يقول الرجل لأجنبية : أنت طالق ؛ فهو كلام لغو ؛ لأنه ليس بينهما حل ، ولا قيد زوجية ، حتى تنفع بالطلاق . ويدل على هذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم : لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ؛ ولا عتق فيما لا يملك ؛ ولا بطلاق له فيما لا يملك ^(١) ، قال صاحب البدائع ^(٢) : « وأما الذي يرجع إلى المرأة فنها : الملك أو علقه من علاقته ، فلا يصح الطلاق إلا في الملك أوفى علقه من علاقته الملك ، وهي عدة الطلاق ، أو مضافاً إلى الملك . وجملة الكلام فيه : أن الطلاق لا يخلو إما أن يكون تنجيزاً ، وإما أن يكون تعليقاً بشرط ، إما أن يكون إضافة إلى وقت . أما التنجيز في غير الملك ، والعدة ، فباطل ، بأن قال لامرأة أجنبية : أنت طالق أو طلقتك ؛ لأنه إبطال الحل ، ورفع القيد ، ولا حل ولا قيد في الأجنبية ، فلا يتصور إبطاله ، ورفع : وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا طلاق قبل النكاح » ، وإن كانت منكراً الغير وقف على إجازته عندنا خلافاً للشافعي والمسألة تأتي في كتاب البيوع . »

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والبيهقي وغيرهم . وقال فيه الترمذي : إنه حديث حسن وهو أحسن شيء روي في هذا الباب . وقال البيهقي : هو أصح شيء في هذا الباب وأشهره .
(٢) بدائع الصنائع - ٦

الطلاق المعلق

تعليق الطلاق :

تعليق الطلاق نوعان :

(الأول) تعليق في الملك أو فيما هو في حكم الملك .

(الثاني) تعليق على الملك نفسه أو على سببه .

فالتعليق في الملك أن يقول الرجل لزوجته ، أو لمعتدة الطلاق الرجعى :
إن دخلت الدار فأنت طالق . ومثال التعليق فيما هو في حكم الملك أن
يقول مثل القول السابق لمعتدة من طلاق بائن : « إن دخلت دار فلان فأنت
طالق » ، فإن عدة البائن - وإن لم يكن فيها زوجية - يمكن أن يقع فيها
طلاق ، لأنه ثبت فيها بعض الأحكام ، فيصح أن يعلق فيها الطلاق .

أما التعليق على الملك أو على سببه فهو كأن يقول الرجل للأجنبية : إن
تزوجتك فأنت طالق ، أو يقول لها : إن ملكت عصمتك فأنت طالق ، ففي
العبارة الأخيرة : « إن ملكت عصمتك فأنت طالق » ، تعليق للطلاق على
الملك نفسه ، وفي العبارة الأولى : « إن تزوجتك فأنت طالق » ، تعليق للطلاق
على سبب الملك ، وهو الزواج ، فإن عقد الزواج هو سبب ملك العصمة
ولاخلاف بين أئمة المذاهب في صحة التعليق في الملك . إنما الخلاف بينهم في
التعليق على الملك أو على سببه .

فالحنفية يقولون بجوازها وترتب أثره عليه ، فهو نوع من اليمين لا تنوقف
صحته إلا على تحقق الأهلية . فأما الحلية فليس تحققها بشرط لصحة التعليق ،
متى كان المعلق عليه هو الحلية نفسها . ولا فرق بين تعليق الطلاق على الزواج
وتعليق شيء آخر عليه بطريق النذر أو اليمين باقته : كأن يقول : « لله على ،
إذا تزوجت ، أن أصوم ثلاثة أيام » ، أو يقول : « والله إن تزوجت لأتصدقن

على الفقراء بثلاثين جنياً، فإذا تحقق الشرط وهو الزواج فإنه يتحقق ما علق عليه من الطلاق وغيره .

قال صاحب البدائع (١) : «وأما التعليق بشرط فنوعان : تعليق في الملك ، وتعليق بالملك . والتعليق في الملك نوعان : حقيقي وحكمي . أما الحقيقي فنحو أن يقول لامرأته : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ، أو إن كتبت فلانا ، أو إن قدم فلان ونحو ذلك ، وإنه صحيح بلا خلاف ؛ لأن الملك موجود في الحال ، فالظاهر بقاءه إلى وقت وجود الشرط . فكان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط ، فيحصل ما هو المقصود من اليمين ، وهو التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط . فصحت اليمين ثم إذا وجد الشرط والمرأة في ملكه ، أو في العدة ، يقع الطلاق ، وإلا ، فلا يقع الطلاق ، ولكن تنحل اليمين لا إلى جزاء . حتى لو قال لامرأته : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق فدخلت الدار وهي في ملكه طلقت ، وكذا إذا أبانها ، قبل دخول الدار ، فدخلت الدار وهي في العدة عندنا ؛ لأن المبانة يلحقها صريح الطلاق عندنا . وإن أبانها قبل دخول الدار وانقضت عدتها ، ثم دخلت الدار ، لا يقع الطلاق لعدم الملك والعدة ، ولكن تبطل اليمين ، حتى لو تزوجها ثانياً ودخلت الدار لا يقع شيء ؛ لأن المعلق بالشرط يصير عند الشرط كالمعجز ، والتنجز في غير الملك والعدة باطل ؛ فإن قيل : ليس أن الصحيح إذا قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم حين فدخلت الدار يقع طلاقه ، ولو تنجز في تلك الحالة لا يقع ؟ فالجواب من وجهين : أحدهما : أن التطبيق كلامه السابق عند الشرط فتعتبر الأهلية وقت

وجوده ، وقد وجدت . والثاني : أننا إنما اعتبرناه تنجزاً حكماً وتقديراً ، والمجنون من أهل أن يقع الطلاق على أمرائه بطريق الحكم ؛ فإن العتق إذا أجل ، فنقض المدة ، يفرق القاضي بينهما ، ويكون ذلك طلاقاً ، فأطرد الكلام بحمد الله تعالى .

شروط صحة التعليق :

يشترط لصحة تعليق طلاق المرأة في كل من الحالتين الآتيتين ما يأتي :

أولاً - تعليق طلاق غير الزوجة

إذا كان تعاقب الطلاق واقعاً على امرأة أجنبية عن المعلق ، فيشترط لصحة التعليق أن يكون التعليق على ملك العصمة ، أو على الزوجية ، وأن يكون التعليق بعبارة صريحة إذا كانت المرأة معينة بالإشارة أو بالاسم والنسب .
فالتعيين بالإشارة : أن يقول مشيراً لامرأة أمامه ، عنها بإشارته : إن تزوجت هذه المرأة فهي طالق . والتعيين بالاسم والنسب أن يقول : إن تزوجت فلانة بنت فلان فهي طالق . ففي هاتين الحالتين تطلق المرأة المشار إليها ، أو المعينة بالاسم والنسب ، بمجرد العقد عليهما . أما لو كان التعليق بعبارة غير صريحة في هذه الحالة فلا يقع الطلاق بزواج المعلق من المرأة التي علق طلاقها بعد التعليق ، وذلك مثل أن يقول : هذه المرأة التي أتزوجها طالق . أو يقول : فلانة بنت فلان التي أتزوجها طالق ، فإنها لا تطلق بزواجها : لأن تعيينها هكذا ، تعييناً كاملاً ، يجعل العبارة تنجزاً . ويكون وصفها بقوله : التي أتزوجها ، وصفاً لفظاً ومعنى ، لا تعليقاً معنوياً ؛ فكانه قال : هذه طالق ، أو فلانة بنت فلان طالق ، فلا يقع الطلاق حينئذ ؛ لأن المرأة ليست محلاً للطلاق في هذا الوقت ؛ إذ ليست ملكاً للمطلق ، ولا في حكم الملك .

أما إذا كانت المرأة التي علق الرجل طلاقها بزواجه منها ، أو بملكه عصمتها ، امرأة غير معينة لا بطريق الإشارة ، ولا بطريق الاسم والنسب فلا يشترط أن يكون التعليق بعبارة صريحة .. ويكفي في وقوع طلاقها أن يقع المعلق عليه وذلك مثل أن يقول رجل : المرأة التي أتزوجها طالق ، فإن الوصف هنا ، التي أتزوجها ، -- يفيد التعليق في المعنى فكانه قال : إن تزوجت امرأة فهي طالق ، فيقع الطلاق بمجرد تزوجها .

ثانياً - تعليق الطلاق الزوجة

وقد يكون تعليق الطلاق واقعاً على امرأة ليست أجنبية عن المعلق بأن تكون المرأة زوجة له فعلاً أو في حكم الزوجة ، حيث يشترط ، في هذه الحالة ، لصحة تعليق الطلاق ما يأتي :

١ - أن يكون الشيء المعلق عليه الطلاق معدوماً ، وعلى خطر الوجود ، أي يكون أمراً محتملاً أن يكون أو لا يكون ، فلو كان المعلق عليه من الأمور المنتهقة وجودها لم يكن التعليق حقيقياً ، بل يكون تعليقاً صورياً ، فيقع الطلاق بمجرد التعليق ؛ لأنه ، حيثئذ بمثابة التنجيز ، فمن قال لامرأته : إن كان في الدنيا هواء ، أو ماء ، فأنت طالق ، طلقت منه للحال ؛ لأن عبارته تفيد تنجيز الطلاق لا تعليقه ، فكأنه قال لها : أنت طالق . أما إذا علق الطلاق على شيء مستحيل التحقق فلا يقع الطلاق بالضرورة ، فمن قال لامرأته : إن دخل الجمل في سم الحياض فأنت طالق ، فلا تطلق ؛ لأن عبارته تدل على أنه لم يرد بقوله طلاق زوجته ؛ لأنه ربط طلاقها بأمر مستحيل الوقوع . قال صاحب البدائع مشيراً إلى هذا الشرط : ولو قال لامرأته : أنت طالق إن كانت السماء فوقنا ، أو قال أنت طالق إن كان هذا ، نهراً أو إن كان هذا ليلا وهما في الليل ، أو في النهار ، يقع الطلاق للحال ؛ لأن هذا تحقيق ، وليس بتعليق بشرط ؛ إذ الشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود ، وهذا موجود . ولو قال : إن دخل الجمل في سم الحياض فأنت طالق ، لا يقع الطلاق ؛ لأن غرضه منه تحقيق النفي حيث علقه بأمر محال ، ^(١)

٢ - أن تكون عبارة التعليق متصلة بالأجزاء من غير فصل بين شرطها وجزائها إلا لضرورة ، سواء قدم الشرط على الجزاء أو أخر عنه ^(٢) ، فإذا فصل الشرط والجزاء لغير ضرورة لم يكن تعليقاً صحيحاً . ولهذا قال

الأحناف فيمن قال لزوجته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق ، أو قال لها : أنت طالق إن دخلت دار فلان . فدخلت الدار ، فإنها تطلق لصحة التعليق ووقوع الشرط المعلق عليه الطلاق . أما لو قال لها : أنت طالق ، ثم قال بعد فترة ولو قصيرة ، من غير عذر : « إن دخلت دار فلان ، لم يكن تعليقا صحيحا بل يكون تنجيذاً للطلاق بالعبارة الأولى .

اتصال الشرط بالجزاء

قال صاحب البدائع مشيراً إلى ضرورة عدم الفصل بين الشرط والجزاء في تعليق الطلاق : وكذلك إذا ذكر بعده ما هو صفة له وقع بتلك الصفة : كما إذا قال : أنت طالق بأن أو حرام ، لأن الصفة مع الموصوف كلام واحد ، فلا يفصل البعض عن البعض في الوقوع ، وغالدة هذا لا تظهر في التنجيز ، لأن الطلاق قبل الدخول لا يقع إلا بائناً سواء وصفه بالينونة أو لم يصفه ، وإنما تظهر في التعليق بأن يقول لها : أنت طالق بأن إن دخلت ، فإنه لا يتنجز ، بل يتعلق بالدخول ؛ لأن قوله « بأن » ، بين الإيقاع والشرط ، لا يقع فاصلاً بينهما لما ذكر أن الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا يكون سائلاً بين الإيقاع والشرط ، فلا يمنع التعليق بالشرط^(١) .

تقديم الجزاء على الشرط والربط بينهما بالواو أو الفاء :

قال الكاساني : « ولو آخر الشرط ، بأن قال : أنت طالق و طالق ، و طالق إن دخلت الدار . أو قال : أنت طالق ف طالق إن دخلت الدار ، تعلق الكل بالشرط . فإن وجد الشرط ، يقع الثلاث بالإجماع ؛ لأن أهل اللغة وضعوا هذا الكلام على تأخير الشرط ، لإيقاع الثلاث جملة في زمان ما بعد الشرط ، لحاجتهم إلى تدارك الغلط على ما بينا فيما تقدم^(٢) .

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٢٢

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٢٢ .

تكرار الشرط والجزاء أو تقديم الشرط :

وقال الكاساني^(١) : « ولو قال لها أنت طالق إن دخلت الدار ، أنت طالق إن دخلت الدار . أنت طالق إن دخلت الدار ، أوقدم الشرط بأن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ؛ قال ذلك ثلاثا . يتعاق الكل بالدخول فما لم تدخل لا يقع شيء . وإن دخلت الدار دخلت واحدة يقع الثلاث بالإجماع ؛ لما قلنا إن هذه أيمان ثلاثة ، لها شرط واحد ، كل يمين : إيقاع الطلاق الثلاث في زمان واحد ، وهو ما بعد الشرط ، فكان إيقاع الثلاث جملة في زمان ما بعد الشرط لا متفرقا ؛ فإذا وجد الشرط يقع جملة . »

الربط بين الجزاء والشرط ثم مع تأخير الشرط عن الجزاء :

لأبي حنيفة رأى يخالف رأى صاحبيه في حالة ما إذا علق الرجل طلاق زوجته ، وقدم الجزاء على الشرط وربط بينهما ثم حسب التفصيل الآتي :

رأى أبي حنيفة بالنسبة لغير المدخول بها :

قال الكاساني : « ولو قال : أنت طالق ، ثم طالق ، ثم طالق ، إن دخلت الدار ، فالأول يقع للحال ، ويلغو الثاني والثالث في قول أبي حنيفة . »

رأى أبي حنيفة في المدخول بها :

وقال الكاساني أيضا : « وإن كانت مدخولا بها يقع الأول والثاني للحال ، ويتعلق الثالث بالشرط . »

رأى الصاحبين :

قال الكاساني : « وقال أبو يوسف ومحمد يتعلق الكل بالشرط ، ولا يقع إلا واحدة . وإن كانت مدخولا بها يقع الثلاث ، سواء كانت مدخولا بها ، أو غير مدخول بها . وجعل ثم ، عندهما ، في هذه الصورة ، كالواو والفاء . »

(١) بنائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٤٠

توضيح وجهة نظر كل فريق

تعلييل رأى أبي حنيفة :

قال الكاساني: «وجه قول أبي حنيفة: أن كلمة (ثم) موضوعه للتراخي، وقد دخلت على الإيقاع فيقتضى تراخي الثاني عن الأول في الإيقاع؛ كأنه قال: أبت طالق وسكت، ثم قال: فطالق، وطالق إن دخلت الدار؛ فيقع الأول للحال، ويلغو الثاني والثالث. لأنهما حصلا بعد ثبوت اليقونة بالأول فلا يقعان في الحال. ولا يتعلقان بالشرط أيضا؛ لانعدام الملك وقت التعليق، فلم يصح التعليق^(١)».

تعلييل قول انصاحين :

قال الكاساني: «وجه قولهما، على ظاهر الرواية عنهما، أن (ثم) حرف عطف كالواو، ولها معنى خاص وهو التراخي. فيجب اعتبار المعنيين جميعا. فاعتبرنا معنى العطف في تعليق الكل بالشرط كما في حرف الواو، والفاء. واعتبرنا معنى التراخي في الوقوع، وهذا يمنع وقوع الثانية، والثالثة قبل الدخول بها^(٢)».

الفرق بين وجهي النظر :

ويمكننا أن نفرق بين رأى الإمام وصاحبيه بأن الإمام يعتبر معنى التراخي الذي أفادته كلمة (ثم) في إيقاع الطلاق؛ لأن الحكم: الإيقاع. أما صاحبنا الإمام فيها يعتبران معنى التراخي في الوقوع لا في الإيقاع. قال الكاساني: فالحاصل: أنها يعتبران معنى التراخي في الوقوع لا في الإيقاع، وأبو حنيفة يعتبر معنى التراخي في الإيقاع^(٣).

الترجيح :

ورجح الكاساني رأى الإمام فقال: «واعتبار أبي حنيفة أولى؛ لأن

كلية التراخي دخلت على الإيقاع ، والتراخي في الإيقاع يوجب التراخي في الوقوع ؛ لأن الحكم ثبت على وفق العلة فأما القول بتراخي الوقوع من غير تراخي الإيقاع ، فقول يثبت حكم العلة على وجه لا تقتضيه العلة . وهذا لا يجوز^(١) .

الفصل بين الجزاء والشرط بالاستغفار ونحوه :

نقل عن أبي يوسف رحمه الله فيمن قال لامرأته : أنت طالق ، استغفر الله ، إن دخلت الدار ، موصولا ، أو قال : سبحان الله ، أو الحمد لله : أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، ويقع الطلاق في الحال قضاء ؛ لأن هذا كلام لا يتعلق له بالطلاق ، فيكون فاصلا بين الجزاء والشرط ؛ فيمنع التعليق .

تقديم الشرط على الجزاء

وقال صاحب البدائع^(٢) : «ولو علق بحرف الغاء بأن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فطالق ، فطالق ، فجعل الكرخى والطحاوى حرف الغاء ههنا كحرف الواو ، وأثبتنا الخلاف فيه . والفقيه أبو الليث جعله مثل كلمة بعد . وعده مجمعا عليه ، فقال : إذا كانت غير مدخول بها لا يقع إلا واحدة بالإجماع . وهكذا ذكر الشيخ الإمام الأجل الأستاذ علاء الدين رحمه الله تعالى . وهذا أقرب إلى الفقه ؛ لأن الماء للترتيب مع التعقيب ، ووقوع الأول يمنع من تعقيب الثاني والثالث . ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق فالأول يتعلق بالشرط ، والثاني يقع للحال ، ويلغو الثالث في قول أبي حنيفة ، كما إذا لم يذكر الواو ولا الغاء ، بأن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، طالق ، طالق ، فإن تزوج بها ودخلت الدار - ولم تكن دخلت الدار قبل ذلك - نزل المعلق ، وإن كانت مدخولا بها يتعلق الأول بالشرط

(١) بدائع الصنائع لكاساني ج ٣ ص ١٤٠ ، ١٤١ .

(٢) بدائع الصنائع لكاساني ج ٣ ص ١١٠ .

وتقع الثانية والثالثة في الحال . فإن دخلت الدار، وهي في العدة ، أو دخلتها بعد أن راجعها نزل المعلق . وقال أبو يوسف ومحمد : يتعلق السك بالشرط حتى لا يقع شيء في الحال، وإذا دخلت الدار تقع واحدة ، وإن كانت مدخولا بها يقع الثلاث على التعاقب ، كما إذا قال : إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وبعدها واحدة ، وبعدها واحدة ، وكما قال أبو حنيفة في حرف الواو .

وجه قولها : أنه عطف البعض على البعض بحرف العطف (لأن ثم حرف عطف كالواو) فيتعلق السك بالشرط ، ثم الوقوع بعد الشرط يكون على التعاقب بمقتضى حرف ثم ؛ لأنه للترتيب مع التراخي ، فيعتبر معنى العطف في التعليل ، ومعنى الترتيب في الوقوع ، على ما ذكر .

ولأبي حنيفة : أن قوله : إن دخلت الدار فأنت طالق يمين تامة ، لوجود الشرط والجزاء ، وإنما منعقدة ؛ لحصولها في الملك ، فلما قال : ثم طالق ، فقد تراخى الكلام الثاني عن الأول فصار كأنه سكوت ، ثم قال لها : أنت طالق ، فيقع في الحال ، ولا يتعلق بالشرط . وأبو حنيفة يعتبر معنى السكوت وهو التراخي في نفس الكلام فكان الفصل بين الكلام الأول والثاني بالتراخي كالفصل بالسكوت على ما ذكر إن شاء الله تعالى . ولو أخر الشرط بأن قال : أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار ، أو قال : أنت طالق ، فقطال إن دخلت الدار - تعلق السك بالشرط ، فإن وجد الشرط يقع الثلاث بالإجماع ؛ لأن أهل اللغة وضعوا هذا الكلام على تأخير الشرط لإيقاع الثلاث جملة في زمان ما بعد الشرط . لحاجتهم إلى تدارك الغلط على ما بينا ، ^(١) .

وفي الإشارة إلى بيان الضرورة ، التي إذا وجدت في حال التلفظ وأدت إلى الفصل بين الشرط والجزاء فلا يعتبر ذلك فصلا - قال صاحب البدائع :

« وروى عن ابن يوسف فيمن قال لامر أنه : أنت طالق ، استغفر الله ،
 إن دخلت الدار ، موصولا ، أو قال ، سبحان الله ، أو الحمد لله : إنه يدين فيما
 بينه وبين الله تعالى ، ويقع في القضاء في الحال ؛ لأن هذا الكلام لا يتعلق
 له بالطلاق ، فيكون فاصلا بين الجزاء والشرط ، فيمنع التعليق ، كما لو سكث بينهما
 من غير ضرورة ، كالسعال ، فيقع في الحال في القضاء . ولا يصدق أنه أراد به
 التعليق ؛ لأنه خلاف الظاهر . ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى
 ما يحتمله كلامه . وكذا إذا تنحى من غير سعال غشيه ، أو تساعل ؛ لأنه
 لما تنحى من غير ضرورة أو تساعل ، فقد قطع كلامه فصار كما لو قطعه
 بالسكوت » .^(١)

والخلاصة أنه إذا كان الفصل بين الشرط والجزاء في عبارة تعليق
 الطلاق لضرورة كسعال حدث للعلق فلا يكون هذا الفصل مانعا من صحة
 التعليق بل يلحق آخر الكلام بأوله ، ويكون تعليقا صحيحا .

٣ - الشرط الثالث أن يكون الجزاء مرتبطا بالشرط برابط الفاء متى
 كان متاخرا عن الشرط . أما إذا كان معنى الجزاء متقدما على الشرط فلا يحتاج
 إلى ذلك الرابط . وقد أشار صاحب البدائع إلى ذلك فيما سقته من نصوص
 في بيان الشرط الثاني^(٢) : فإذا قال الرجل لزوجه : « إن دخلت الدار أنت
 طالق » من غير ربط وقع الطلاق منجزا ، لأن العبارة لا تعليق فيها ، إلا إذا قال :
 أردت الربط والتعليق ، أو كانت القرائن تدل على أنه يريد تعليق الطلاق على
 الشرط الذي ذكره ، وأنه ما ذكر الرابط بين أجزاء العبارة إلا لجملة بقواعد
 اللغة العربية ؛ فيكون ما قاله تعليقا للجزاء على الشرط^(٣) .

٤ - الشرط الرابع من شروط صحة التعليق أن يكون في الإمكان البر باليمين ،

ويقال يقع الطلاق، فلو قال الرجل لامرأته: إن لم تكلمني محمدا غدا فأنك طالق فأت محمد في الحال فلا يقع الطلاق لعدم إمكان البر.

هـ - الشرط السادس ألا يكون تعليق الطلاق على مشيئة غير معلومة، فإن علقه على مشيئة غير معلومة نحو أن يقول: إن شاء جبريل، أو الملائكة، أو الشياطين، فأنك طالق - وكان الربط تاما بين الشرط والجزاء - فلا يقع الطلاق. تعليق الطلاق على مشيئة الله:

أفاض صاحب البدائع في تعليق الطلاق على مشيئة الله، وعده من قبيل الاستثناء في الطلاق فقال:

«وأما مسائل النوع الثاني من الاستثناء، وهو تعليق الطلاق بمشيئة الله عز وجل، فنقول: إذا علق طلاق امرأته بمشيئة الله تعالى يصح الاستثناء، ولا يقع الطلاق، سواء قدم الطلاق على الاستثناء في الذكر بأن قال: أنت طالق إن شاء الله، أو أخره عنه بأن قال: إن شاء الله تعالى فأنك طالق. وهذا قول عامة العلماء. وقال مالك: لا يصح الاستثناء، والطلاق واقع. وعلى هذا تعليق العتق، والنذر، واليمين، بمشيئة الله سبحانه وتعالى» (١).

الأدلة

استدل الاحناف لرأيهم بالكتاب والسنة والمعقول:

الكتاب

أما الدليل من الكتاب فنه: قول الله تعالى لإخبارا عن موسى عليه، وعلى نبيينا، أفضل الصلاة والسلام: «ستجدني إن شاء الله صابرا، ولا أعصى لك أمرا» (٢).

(١) بدائع الصنائع للكاتبي ج ٣ ص ١٥٨، ١٥٩.

(٢) الآية رقم ٦٩ سورة الكهف.

وجه الاستدلال :

وعد موسى ، صلى الله عليه وسلم ، صاحبه بالصبر ، معلقا على مشيئة الله تعالى ، وصح هذا التعليق ، ولم يعتبر موسى مخلفا في الوعد حينما لم يصبر على الأمور التي كان يفعلها أمامه العبد الصالح ، غير عالم بالدوافع والأسباب التي من أجلها يأتي بهذه الأمور ، فلولا صحة التعليق على مشيئة الله تعالى . لصار موسى مخلفا في الوعد بالصبر . والخلف في الوعد لا يجوز ، والنبي معصوم ، فدل ذلك على صحة التعليق على مشيئة الله تعالى ، وأنه لا يقع به طلاق .

ومن ذلك أيضا قوله تعالى : « ولا تقولن لشيء - إني فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله » (١) .

وجه الاستدلال

أمر الله سبحانه وتعالى بالآلا يقول المؤمن أنه سيفعل أى أمر من الأمور في المستقبل إلا إذا علق ذلك على مشيئة الله وإرادته ، بأن يقول : إن شاء الله ، فلم يكن التعليق على مشيئة الله حاصلا به صيانة الجبر عن الخلف في الوعد لم يكن للأمر به معنى (٢) .

السنة

أما السنة فمنها : ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حلف بطلاق أو عتاق ، وقال إن شاء الله فلا حنث عليه » .

المعقول

قال الاحناف : إن تعليق الطلاق بمشيئة الله تعالى تعلق بما لا يعلم

(١) الإيجان رقم ٢٢٣، ٢٤٤ من سورة السكف
بدائع الصنائع للسكاساني ج ٣ ص ١٥٧

وجوده؛ لأننا لا ندري أنه شاء وقوع هذا الطلاق، أو لم يشأ . على معنى أن وقوع هذا الطلاق هل دخل تحت مشيئة الله تعالى أو لم يدخل ، فإن دخل وقع وإن لم يدخل لا يقع؛ لأن ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن ؛ فيكون العلم باليقين بوقوع الشرط المعلق عليه الطلاق غير موجود . والنكاح ثابت بيقين ، وما ثبت بيقين لا يزول بالشك في إزالته ، أى أن الطلاق لا يقع بالشك .

هذا ويرى الإمام محمد أن ربط الطلاق بمشيئة الله يعتبر إبطالا للطلاق من أصله . ولا يعتبر ميمناً معلقة على المشيئة . والراجع هو ما نقل عن أبي حنيفة من القول بما يوافق قول محمد .

تنبيهات

١- لا يقال إن تعليق الطلاق هنا على مشيئة الله هو تعليق بأمر كأن فيقع الطلاق؛ لأننا لا نعلم هل شاء الله وقوع الطلاق فيقع ، أو لم يشأ فلا يقع ؛ فالأمر غير معلوم ، والطلاق لا يقع بالشك .

٢- إذا علق وقوع الطلاق على مشيئة الله تعليقاً تاماً ، بأن قدم الجزاء على الشرط ؛ فقال : « أنت طالق إن شاء الله تعالى » فقد اتفق رأى الأحناف على عدم وقوع الطلاق كما سبق أن بيناه . وكذلك لو قدم شرط المشيئة على عبارة الطلاق وكان الربط تاماً بأن قال الزوج لزوجته : « إن شاء الله أنت طالق » حيث ذكر الغاء مقترنة بالجزاء .

لكن إذا لم يربط الجزاء ، المتأخر عن الشرط ، بالغاء بأن قال : « إن شاء الله أنت طالق » فما هو الحكم ؟ . يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن الاستثناء جائز ، ولا يقع الطلاق . وقال محمد هو استثناء منقطع ، والطلاق راقم في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى إن أراد به الاستثناء .

وجهة نظر الإمام محمد

يرى الإمام محمد أن الجزء لا بد أن يتصل بالشرط فإذا تأخر الجزء عن الشرط وجب اقتران الجزء بالفاء ليتصل بالشرط ، فإذا ذكر الجزء غير مقترن بالفاء لم يتصل الجزء بالشرط ، فكانت عبارة المطلق : إن شاء الله استثناء منقطعاً فلم يصح ، ويقع الطلاق ، كما إذا قال : إن دخلت الدار . أنت طالق؛ فإنه لا يتعلق لعدم حرف التعليق وهو حرف الفاء ، فيبقى تنجيهاً فيقع الطلاق ، كذا هذا .

وجهة نظر الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف

قال الشيخان . إن قول المطلق : إنشاء الله أنت طالق ، كلام صدر من عاقل ، وكلام العاقل يجب تصحيحه بقدر الإمكان؛ صيانة له عن اللغو والهديان؛ فتضمن الفاء وقد ورد مثل ذلك في كلام العرب؛ قال الشاعر :

من يفعل الحسنات الله يشكرها . . . والشر بالشر عند الله مثلاًن

أي فأنه يشكرها . فتقدر الفاء مضمرة في هذا الكلام ، وكأنه قال : إنشاء الله فأنت طالق ، أو يجعل الكلام ، فيه تقديم وتأخير ؛ تصحيحاً للاستثناء كأنه قال : أنت طالق إن شاء الله تعالى . والتقديم والتأخير يجوز في اللغة . وقد ورد منه الكثير في كلام العرب .

هذا ، والرأى أن هذا التصحيح للاستثناء مقبول ديانة لا قضاء ؛ لأن تقديرنا للفاء كأنها اقترنت بالجزء في قول المطلق إنشاء الله ، أنت طالق ، أو تقديرنا أن الجزء مقدم على الاستثناء وكأنه قال : أنت طالق إنشاء الله ، هو تقدير لا مخرافه ظاهر العبارة فيصدق ديانة ولا يصدق الفاضل إذا ادعى المطلق ذلك أمام القضاء .

تعليق الطلاق على من تعرف مشيئته

هذا كله فيما اذا علق الطلاق على من لا تعرف مشيئته فإن علقه على مشيئة من تعرف مشيئته ، وكان التعليق تاماً بأن ربط بين الشرط والجزاء فقال : « إن شاء محمد فانت طالق ، أو أنت طالق إن شاء محمد ، فالطلاق موقوف على مشيئة محمد في المجلس الذي يعلم فيه بالتعليق ؛ لأن هذا النوع من التعليق تملك للطلاق لمن علق الطلاق على مشيئته ؛ وهو محمد هنا في هذا المثال ، فيتقيد بالمجلس كسائر التملكيات .

الجمع بين المشيئتين

ولو جمع بين مشيئة الله تعالى ومشية العباد ، فقال لزوجته مثلاً : « أنت طالق إن شاء الله تعالى وشاء محمد ، فشاء محمد الطلاق لم يقع الطلاق ؛ لأن المطلق علق وقوع طلاقه بشرطين ، لا يعلم وجود أحدهما ، والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما فقط ، كما لو قال المطلق إن شاء زيد وعمر فشاء أحدهما (١) .

٦ - الشرط السادس من شروط صحة التعليق أن لا يكون المقصود من التعليق المجازاة ، والمؤاخذه ، فلو كان المقصود به ذلك لم يكن تعليقاً في الحقيقة ، بل يكون تنجيهاً للطلاق وذلك مثل أن يحتدم النزاع بين الرجل والمرأة فتصفه بأنه خبيث أو ما كرفيقول لها : إن كنت كما قلت فانت طالق ، فهذا تعليق بحسب الصورة لا غير ؛ لأنه ليس المقصود منه تعليق الطلاق على تحقق ذلك الشرط ، وهو كونه خبيثاً ، ما كرأ ، بل الغرض منه مجازاتها بإيقاع الطلاق عليها بسبب كلفتها السيئة ، فيقع الطلاق بذلك ، سواء أكان الرجل على ما وصفته المرأة أم لم يكن كذلك .

حكم الطلاق المعلق

والطلاق المعلق على شيء لا يقع إلا إذا حصل الشيء المعلق عليه ^(١). وكانت المرأة وقت حصول الشيء المعلق عليه طلاقها زوجة للمعلق، أو في حكم الزوجة بأن كانت معتدة منه. فلو قال الزوج لزوجته: إن دخلت دار فلان فأنت طالق فدخلت هذه الدار في حالة قيام الزوجية، أو بعد ما طلقها، وكانت في زمن العدة فإنه يقع الطلاق المعلق، وتنحل الممين، لاستنفادها أثرها بتحقق الشرط وترتب الجزء عليه.

أما إذا دخلت الدار بعد انقضاء عدتها فلا يقع الطلاق، ولكن تنحل الممين، فلا يبقى لها أثر.

هذا، إذا كان التعليق بأداة لا تفيد تكرار الفعل. أما إذا كان التعليق بأداة تفيد التكرار فالحكم كما يلي:

التعليق بأداة تفيد تكرار الفعل

إذا كان التعليق بأداة تفيد التكرار مثل: «كلما»، فإنه يتكرر الطلاق بتكرار حصول الشرط مادام ذلك في حل واحد، وعصمة واحدة؛ فإذا قال الرجل لزوجته: كلما دخلت دار فلان فأنت طالق فدخلتها مرة، وقع الطلاق ولا تنحل الممين. فإذا دخلتها ثانية، وثالثة، في حال العدة، أو في زوجية ^(٢) أخرى، ولكن لا بعد زوج آخر، فإنه تقع طلاق ثانية، وثالثة، بتكرار الدخول فإذا عادت المرأة إليه بعد زوال ذلك الحل، وبعد تزوجها بزوج آخر، ثم دَخَلَ الدار فلا يقع

(١) بدائع الصنائع الكاساني ج ٣ ص ١٣٦

(٢) انظر فتح القدير ج ٣ ص ١٣٢، ١٣٣، ١٣٤

الطلاق؛ لأن الجزاء جزاء هذا الملك ولم يبق شيء فيها. وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء . ولوقال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وإن كان بعد زواج آخر... يقول صاحب الهداية^(١): «والفاظ الشرط إن، وإذا، وإذا ما، وكل، وكلما، ومتى، ومتى ما، ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت اليمين؛ لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار في وجود الفعل مرة، يتم الشرط، ولا بقاء لليمين بدونه، إلا في كلما؛ فإنها تقتضي تعميم الأفعال . فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء .؛ لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء . وبقاء اليمين به وبالشرط . وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى وسنقرره من بعد إن شاء الله . ولو دخلت وكلما، على نفس الزوج بأن قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، يحنث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر؛ لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليهما من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور .

رأى لأبي يوسف :

وقال السكالي ابن الهمام : قوله : « ولو دخلت على نفس الزوج بأن قال : كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة ، أبدأ ؛ لأن الشرط ملك يوجد في المستقبل ، وهو غير محصور . وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه . وعن أبي يوسف في المنتقى إذا قال : كلما تزوجت امرأة فهي طالق ، فنزوج امرأة طلق . فإن تزوجها ثانياً لا تطلق إلا مرة واحدة . ولو قال ذلك لمعينة ، : كلما تزوجتك ، أو تزوجت فلانة تكرر دائماً . واستوضحه بما إذا قال كلما اشتريت ثوباً أو ركبت دابة لا يلزمه ذلك إلا مرة واحدة . والحاصل : أن « كلما » عند أبي يوسف إنما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة . وحقبة البحث ادعاؤه اتحاد الحاصل بين كل

(١) انظر فتح القدير ج ٣ ص ١٢٢ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ..

وكلما ، إذا نسب فعلها إلى منكر . فإن قلت بينهما فرق فإن كلا يقتضى عموم
الاسماء وعموم الأفعال ثبت ضرورة . وكلما يقتضيه في الأفعال وعموم
الاسماء ثبت ضرورة . فإذا وجد في لفظ (كل) اسم واحد انحلت في حقه
ولا يتكرر به نفسه وبقيت فيما سواه من الاسماء . وفي كلما ، إذا وجد فعل
انحلت باعتباره ، وبقيت فيما سواه من الأفعال الماثلة ، سواء تعلقت بما
تعلق به الأول أولا . قلنا قد اعترفت بثبوت عموم الاسماء ضرورة ،
ولا حاجة إلى النظر إلى سببه ؛ إذ المقصود أنه ثبت العموم في الأفعال
والاسماء ، فصار الحاصل : كل تزوج لكل امرأة ، وفي مثله تنقسم الأحاد
ظاهراً ، على ما قرروا في ركوب القوم دوابهم ، وجعلوا أصابعهم في
آذانهم ، فلزم بالضرورة أنها إذا انحلت في فعل انحلت في اسمه فلا يتكرر
الحث في امرأة واحدة . وهذا هو الجامع بين هذه المسألة ، وبين ما قلنا
عليه في المسألين^(١) .

اعتراض

وقال الكمال بن الهمام : « ويدفع بأن انقسام الأحاد على الأحاد عند
التساوي ، وهو منتف ؛ لأن دائرة عموم الأفعال ، أوسع ، لأن كثيراً من
أفرادها ما يتحقق بالتكرار من شخص واحد . وقد فرض عمومها بكلما ،
فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط^(٢) . »

إضافة الطلاق إلى مشيئة الزوجة

فرق الأحناف بين إضافة الزوج الطلاق إلى مشيئة زوجته ، وبين
تعليقه الطلاق على مشيئتها فقالوا :

ولو قال لها : أنت طالق متى شئت ، أو متى ما شئت ، أو إذا شئت ،
أو إذا ما شئت ، أو كلما شئت ، لا يقع الطلاق ، ما لم تشأ . فإذا شاءت

أنت طالق كيف شئت

يرى أبو حنيفة أن الواقع طلاق في الحال فيما إذا قال الرجل لزوجته: أنت طالق كيف شئت ، لأنه لم يعاق أصل الطلاق بالمشيئة ، بل المعلق بالمشيئة صفة الواقع . وتنفيذ مشيئتها بالمجلس .

رأى الصاحين

يرى أبو يوسف ومحمد أنه لا يقع على المرأة طلاق إلا بمشيئتها ، إذ المعلق على مشيئتها هو أصل الطلاق ووصفه وتنفيذ مشيئتها ، بالمجلس ؛ لأن الكيفية . المصفة ، وقد علق الوصف بالمشيئة ، وتعلق الوصف بالمشيئة ، لتعلق لأصل الطلاق بالمشيئة في هذه الحالة ، لاستحالة وجود الصفة بدون الموصوف . وإذا تعلق أصل الطلاق بالمشيئة فلا يقع الطلاق ما لم يوجد ما علق عليه وهو المشيئة .

توضيح رأى أبي حنيفة

يرى أبو حنيفة أن الزوج بقوله أنت: طالق كيف شئت ، قد أوقع أصل الطلاق للحال ، وفرض تكيف الواقع إلى مشيئتها ؛ لأن الكيفية للوجود لا للمعدوم ؛ إذ المعدوم لا يحتمل الكيفية ، فلا بد من وجود أصل الطلاق لتتخير هي في الكيفية .

لهذا قال بعض عمقى المذهب في تحليل المسألة لأبي حنيفة : إن الزوج كيف المعدوم ، والمعدوم لا يكيف ، فلا بد من الوجود ومن ضرورة الوجود الوقوع .

تكيف الزوجة لطلاقها

وإذا شامت المرأة المفروض إليها طلاق نفسها في مجلسها فإن لم ينو الزوج نبيذونه ، ولا الثلاث .

لأن الزوج فوض الكيفية إليها . فإن نوى الزوج البينونة ، أو الثلاث ، فإذا وافقت مشيئها نية الزوج بأن قالت في مجلسها : شئت واحدة بائة ؛ أو ثلاثا : وقال الزوج : « ذلك نويت » . فالواقع حينئذ طلاقة واحدة بائة أو ثلاث .

تعلييل ما تقدم

قال الأحناف : إن الزوج لو لم تكن منه نية وقالت المرأة : « شئت واحدة بائة » ، أو ثلاثا ، كان الواقع ماشاءت . فإذا وافقت مشيئها نية الزوج ، فيقع ما توافقت عليه مشيئتهما من باب أولى .

اختلاف مشيئة المرأة ونية زوجها :

الحالة ، حالتان الأولى : لو قالت المرأة شئت ثلاثا ، وقال الزوج : نويت واحدة ، ففي هذه الحالة يختلف رأى الإمام مع رأى صاحبيه حسب البيان التالى .

رأى أبى حنيفة

قال أبو حنيفة : لو خالفت مشيئة المرأة نية الزوج بأن قالت : شئت ثلاثا . وقال الزوج : نويت واحدة . لا يقع بهذه المشيئة شيء آخر سوى تلك الواحدة الواقعة بقوله : « أنت طالق » ، إلا إذا قالت : شئت واحدة ثانية ، فتصير تلك الطلقة ثانية .

رأى الصاحبين :

وقال الصاحبان : لا يقع الاطلاق واحدة بناء على مشيئها .

الحالة الثانية .

لو قالت المرأة : شئت واحدة ، وقال الرجل . نويت الثلاث . ففي هذه الحالة ، لا يقع شيء بهذه المشيئة بانفساق الامام وصاحبيه ، لأن المذهب

عندهم : أنه إذا قال لها : طلق نفسك ثلاثاً إن شئت ، فطلقت نفسها واحدة لا يقع بهذه المشيئة شيء في قولهم جميعاً . إلا أن أبا حنيفة يرى أنه قد وقعت طلاقاً واحدة بقول الرجل لها : « أنت طالق » دون نظر إلى قوله : « كيف شئت » ،

٣ - إذا لم تشأ المرأة شيئاً ولا نية للزوج

وإذا قال لها : « أنت طالق كيف شئت » ، ولم تشأ المرأة شيئاً حتى قامت من مجلسها ولا نية للزوج ، أونوى واحدة ، تقع طلاقاً واحدة ، يملك الزوج رجعتها. وهذا عند أبي حنيفة ؛ لأنها أقل ، وهي متيقن بها . وقال صاحبان : لا يقع شيء ، وإن شاءت ، لخروج الأمر عن يدها .

تعليق الزوجة مشيئتها على أمر

ولو علق الزوج طلاق زوجته على مشيئتها بقوله : « أنت طالق إن شئت » ؛ فقالت شئت إن كان كذا . . . فيرى الكاساني (١) (وهو من كبار الفقهاء الأحناف) أن الأمر لا يغلو عن حالتين :

الحالة الأولى

فإذا علقته مشيئتها على شيء موجود ، كان تقول : شئت إن كان هذا أبي ، مشيرة إلى أبيها ، أو إن كانت هذه أمي ، مشيرة إلى أمها ، أو أن كان هذا نهرا ، وكان الوقت نهرا ، ونحو ذلك ؛ ففي هذه الحالة يقع الطلاق ؛ لأن هذا تعليق للطلاق بشرط كائن ، والتعليق بشرط كائن ، تنجيز .

الحالة الثانية

أما إذا علقته مشيئتها بشيء غير موجود ؛ فقالت : شئت إن شاء فلان

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج٣ ص ١٢٢ وفيه التقدير - الكيال ابن الهام ج٣ ص ١٢٢ ،

١٢٤١٢٣

(٢) الصادر السابقة .

فقد أخرجت الأمر من يدها ، فلا يقع طلاق ، ولو شاء هذا ، لأن الزوج فرض إليها أن تنجز طلاقها ، وهي بتعليقها مشيئتها على مشيئة الغير قد أبت التنجز . والتنجز غير التعليق ؛ لأن التنجز تطبيق ، والتعليق يمين ، فلم تأت بما فوض إليها ، وأعرضت عنه ؛ لاشتغالها بغيره ، فيبطل التفويض^(١).

تعليق الطلاق على مشيئة الغير أو فعله

وفرق الأحناف بين تعاقب الزوج طلاق زوجته على مشيئة الغير بتطبيقها ، وبين تعليقه طلاقها على فعل الغير ؛ فقالوا .

لو قال الرجل لزوجته : أنت طالق إن شاء فلان ، يتقيد هذا التفويض بمجلس علم فلان ؛ فإن شاء في مجلس علمه وقع الطلاق . وكذلك إذا كان غائبا وبلغه الخبر ، فإن التفويض بالطلاق يقتصر على مجلس علم هذا الغائب الذي علق الزوج طلاق زوجته على مشيئته . وعمل الأحناف لرأيهم هذا بقولهم : إن قول الزوج لزوجته : أنت طالق إن شاء فلان هو تمليك الطلاق لهذا الذي علق الزوج طلاق امرأته على مشيئته ، فيتقيد بالمجلس .

أما لو قال الرجل لزوجته : د أنت طالق إن دخل فلان الدار فالطلاق يقع إذا وجد الشرط في أي وقت وجد ، ولا يتقيد بالمجلس ؛ لأن العبارة تقيد تعليق الطلاق على شرط والتعليق بالشرط لا يتقيد بالمجلس ؛ لأن معناه إيقاع الطلاق في زمان مابعد الشرط ، فيقف الوقوع على وقت وجود الشرط ؛ ففي أي وقت وجد الشرط يقع ماعلق عليه وهو الطلاق^(٢) .

رفض المرأة لا يعتبر إسقاطا لحقها

وقال الأحناف : لو أن الرجل علق طلاق المرأة على مشيئتها بالكلمات :

متى، أو متى ما، أو إذا، أو إذا ما، بأن قال لها : أنت طالق إذا شئت ، أو إذا
ماشئت ، أو متى شئت ، أو متى ماشئت، فردت بأن قالت : لا أشاء ، لا يكون
ردا ، ولها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس . وقال الأحناف
في توضيح هذا الرأي ما يأتي :

إن كلمة متى موضوعة لمعوم الأوقات فكان الرجل قال لامرأته :
أنت طالق في أي وقت شئت فهو قد ملكها حتى إيقاع الطلاق وقت أن تشاء
إبقاعه فلا يرتد بردها ؛ لأنه لم يملكها في الحال شيئا بل أضافه إلى وقت
مشيئتها ، فلا يكون تملكا قبله فلا يرتد بالرد .

وكلمة إذا ، أو إذا ما ، هما ومتى ، سواء عند أبي يوسف ومحمد فما كان حكما
لمتى يكون حكما لإذا وإذا ما . وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وإن
كانت إذا وإذا ما يستعملان للشرط كما يستعملان للوقت مجردا عن الشرط
لكنه يرى أنه وقد صار أمر الطلاق بيد المرأة بقول الرجل : لها أنت طالق
متى شئت ، أو إذا ما شئت ، فلا يخرج هذا الأمر من يدها بالشك ، وهو : هل
يراد بالعبرة هنا تعليق الطلاق على شرط أو يراد بها بكلمة « إذا أو إذا ما »
الوقت دون الشرط ؟ والثابت يقينا أن إذا قد تستعمل للوقت كمتى مجردة
عن الشرط كما قد تستعمل للزمن مقرونا به الشرط ؛ فاستعمالها للزمن
متيقن . والقاعدة أن كل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزاوله إلا
يقين ، فلونظرنا إلى أن كلمة إذا للشرط يخرج الأمر من يد المرأة بقيامها من
المجلس كما في قوله لها : طلقي نفسك إن شئت . ولو نظرنا إلى كون كلمة إذا
للوقت لا يخرج الأمر من يدها فلا يخرج بالشك ... وقال السكالي ابن الهمام
موضحا هذا الموضوع : « إن قوله إذا شئت يحتمل أنه تعليق طلاقها بشرط
هو مشيئتها ، وأنه أضافه إلى زمانه ، وعلى كل من التقديرين ، لا يرتد بالرد
حتى إذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بأن قالت : شئت ذلك الطلاق ، أو قالت
طلقت نفسي ، وقع ؛ معلقا كان أو مضافا . » (١)

التفويض يقتصر على الملك القائم

لو علق الرجل طلاق زوجته على مشيتها بلفظ يفيد تكرار الفعل بأن قال لها : « أنت طالق كلما شئت » ، فللمرأة أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا بشرط أن يكون ذلك في الملك القائم الذي وجد فيه التفويض ، فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها فتزوجت بآخر ثم طلقت منه وبعد انقضاء عدتها عادت إلى زوجها الأول ، ثم طلقت نفسها منه وقع الطلاق ؛ لأن التفويض يتعلق بالملك القائم لا إلى عدم الملك الذي هو معنى الملك المعدم^(١) .

لكن الأمر يختلف فيما إذا طلقت ثلاثا ثم تزوجت بزواج آخر بعد انقضاء عدتها ثم طلقت من الزوج الثاني وعادت فتزوجت الأول ثم طلقت نفسها منه فإنه لا يقع شيء ؛ لأنه ملك مستحدث^(٢) .

التفويض قد يشمل أكثر من طلبة

أبان فقهاء الحنفية أن الرجل لو قال لزوجته : طلقي نفسك كلما شئت أن لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا ، لأن كلما تفيد تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك . وقالوا : إن الزوجة ليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة ؛ لأن كلما توجب عموم الإذراء لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملة واحدة . وعلى هذا لا تطلق نفسها ثنتين ؛ فلو طلقت نفسها ثلاثا أو ثنتين وقمت طليقة واحدة عند صاحبين . وقال أبو حنيفة : لا يقع شيء . وقال الأحناف : لو أن التفويض كان بعبارة تفيد التفويض في العدد كان لها أن تطلق نفسها واحدة ، أو ثنتين أو ثلاثا . فلو قال رجل لزوجته : « أنت طالق كم شئت » ، أو ماشئت طلقت نفسها ماشاءت . ويتعلق أصل الطلاق بمشيتها بالاتفاق بخلاف مسألة : كيف شئت .

(١) فتح القدير ج ٣ ص ١٢٥ ، ١٢٦ هذا ونبه إلى أن هذا الأمر مبنى على أمر هو موضع اختلاف عند الأحناف وهو : هل يهدم الزواج الثاني مادون الثلاث من طلاقات بالية لا زوج .
(٢) الشرح ٢٧٠ وسواء قلنا : لا ، فإن هذا الموضع قد .

وهذا لأن كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد . والواقع ليس إلا العدد إذا ذكر فصار التفويض في نفس الواقع فلا يقع شيء مالم تشأ . قال السكالي ابن الهمام : والقياس ألا يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا ، كما لا يباح للزوج ، لكن ردوى الحسن عن أبي حنيفة أنه يباح لها في التنجيز ، ووجهه ما ذكره في الفوائد الظهيرية في المسألة الآتية ، قال : لو طلقت نفسها ثلاثا على قولها أو ثنتين على قول أبي حنيفة لا يكره ؛ لأنها مضطرة إلى ذلك ؛ لأنها لو فرقت خرج الأمر من يدها . بخلاف ما لو وقع الزوج ذلك . وعلى هذا فما في أصل رواية الجامع الصغير في هذه المسألة من قوله : إن شئت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين ، أو ثلاثا مالم تقم من مجلسها ، لا يحتاج إلى حملها على مشيئة القدرة لا مشيئة الإباحة .

التفويض ، بطلاق نفسك كم شئت ، بتقيد بالمجلس

وقال الأحناف : إن التفويض للرأفة بتطبيق نفسها ما شئت أو كم شئت ، بتقيد بمجلس التفويض . وبطل استعمال هذا الحق برأفة استعماله ، وبخروجها من مجلس التفويض دون أن تشاء طلاق نفسها ؛ لأن هذا أمر واحد وهو خطاب في الحال : أنت طالق كم شئت ، أو ما شئت ، فيقتضي الجواب في الحال . أما التفويض بكلمة إذا ومتى فهو تمليك منجز غير مضاف إلى وقت في المستقبل .

طلق نفسك من ثلاث ما شئت

ولو قال الرجل لزوجته : طلق نفسك من ثلاث إذا شئت ، فأبو حنيفة يرى أن لها أن تطلق نفسها طلاق واحدة ، أو طلقتين فقط . أما أبو يوسف ومحمد فيريان أن لها الحق في أن تطلق نفسها ثلاثا أو دون الثلاث .

توضيح رأى أبي حنيفة :

يرى أبو حنيفة أن كلمة من حقيقة في التبعيض ، وكلمة مالا نعيم فعمل

بهما من حيث أن يجعل المراد بعضا عاما ، والتثنية كذلك ؛ لأنه بالنسبة إلى الواحدة عام ، وبالنسبة إلى الثلاث بعض . ولا يقال : إنه على هذا الاعتبار لا يتناول الواحدة ؛ لأنه ليس بعام ؛ لأن اللفظ هنا ليس بعام ؛ لأنه يرد على ذلك بأن الواحد هنا يتناول هذا التعبير دلالة . وإذا كان العمل بالحقيقة ممكنا فلا يحمل العمل بها . ولذلك يراد بمن حقيقتها وهو التبعيض وبما التعميم في قول الرجل لزوجه : طلق نفسك من ثلاث ماشئت ، فكان لها أن تطلق نفسها دون الثلاث فقط .

أما وجهة نظر صاحبين فهمي : ان كلمة « ما » في قول الرجل ماشئت محكمة في العموم . وكلمة من في قوله « من ثلاث » كما تستعمل للتبعيض ، تستعمل للبيان والتمييز كما في قوله تعالى « فاجتنبوا الرجس من الأوثان » وقد تكون لغیر ذلك فاجتمع في كلام الرجل المحكم ، والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم ، ويجعل بيانه له ، أى بيانا للجنس ، أى بيان أن المراد الثلاث من الطلاق دون سائر الأعداد منه ، وإن كان لا يتصور في الطلاق عدد إلا الثلاث فذاك شرعا . أما في الإمكان فيمكن أن تطلق عشرين ومائة وغيرهما وأن كان حكمه في الشرع المنع . فالمعنى طالق نفسك العدد الذي هو الثلاث دون سائر الأعداد^(١) وصار قول الرجل لزوجه : طلق نفسك من ثلاث ماشئت كقول الرجل لآخر كل من طعماى ماشئت ، أو طالق من نسائى من شئت فله أكل الكل . وله أن يطلق كل نساءه .

مناقشة وجهة نظر صاحبين

واعترض على صاحبين بأن ما استشهدا به قد ترك إرادة التبعيض من كلمة « من » لقرينة هي اظهار السباحة ، أو لعموم الصفة . وهي المشيئة فإن التكررة إذا انصفت بصفة عامة تتم . كذلك يقال : أن ما في قول الرجل

(١) فتح القدير ج ٣ ص ١٢٤ ، ١٢٥ والمناجاة على الحماية الجبرئى على هامش فتح القدير ج ٣ ص

لزوجته طلق نفسك من ثلاث ماشئت ، نكرة موصوفة بالجملة ، والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد في العدد الثلاث ، مزيل من إبهامه فلا حاجة إلى استعمال من للبيان (١) .

المذهب الشافعي

الطلاق المعلق والمضاف :

ذكر الشافعية في كتبهم تحت عنوان : تعليق الطلاق ، الطلاق المعلق على شرط ، والطلاق المسند إلى زمن.... ففي أسنى المطالب شرح روض الطالب (٢) ما يأتي : تعليق الطلاق جائز كالعتق ؛ لأنه قد يكره طلاقها فيدفع بتعليقه تنجيذه . واستأنسوا له بخبر ١ « المؤمنون عند شروطهم » رواه أبو داود بإسناد حسن ولا يجوز الرجوع فيه كالحلف ؛ ولا يقع الطلاق قبل وجود الشرط . ولو كان معلوم الحصول ، أو قال عجلته لتعلقه بالوقت المستقبل ، كالجمل في الجمالة ، وصوم يوم معين نذره ، وقضية كلام أصله : أنه لا يقع في الحال طلقه بقوله عجلت الطلاق المعلق . قال الأسنوي : وليس كذلك ، بل يقع في الحال طلقه جزما . وإنما الخلاف في وقوع أخرى عند وجود الصفة كما ذكره وغيره . .

وقال صاحب مغنى المحتاج : « فصل في تعليق الطلاق بالاوقات وما يذكر معه » قال : أنت طالق في شهر كذا ، أو في غرته ، أو رأسه ، أو أوله ، أو دخوله ، أو مجيئه ، أو ابتدائه ، أو استقباله ، أو آخر أوله وقع الطلاق بأول جزء من الليلة الأولى منه ، أى معه ؛ لتحقق الاسم بأول جزء منه . ووجهه في شهر كذا أن المعنى إذا جاء شهر كذا ، ومجيئه بتحقيق

(١) المصادر السابقة .

(٢) الجزء الثالث لمائة أئمة المحققين ونجدة الفضلاء المذنبين شيخ الإسلام ابن تيمية ذكرها الأنصارى ص ٣٠١ .

بمجيء أول جزء منه . والاعتبار في دخوله بيلد التعليق ، فلو علق بيلده ، وانتقل إلى أخرى ، ورأى فيها الحلال وتبين أنه لم ير في تلك لم يقع الطلاق بذلك ، قاله الزركشي . وظاهره كما قال شيخنا أن محله إذا اختلفت المطالع^(١) .

شروط صحة التعليق :

قال الرملي : يشترط في التعليق بدخول الدار ، ونحوه : أن يعزم على الشرط قبل فراغ الدين ، وأن يفصل الشرط بالطلاق ، وأن يتلفظ بالشرط بلسانه ، بحيث يسمع نفسه . ولا يشترط هنا أن يسمع غيره بخلاف الاستثناء^(٢) .

الطلاق المعلق على وقت

إذا أضاف الزوج طلاق زوجته إلى وقت معين ، وقع الطلاق بوجود أول جزء من الوقت الذي اسند إليه الطلاق . فإذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق في نهار شهر كذا ، أو في أول يوم من شهر كذا فيقع الطلاق بطولوع فجر أول يوم من هذا الشهر الذي عينه وإذا قال : أنت طالق شهر يناير مثلا وادعى أنه أراد وسط الشهر أو آخره صدق ديانته لاحتمال عبارته هذا الادعاء . وإن قال : أنت طالق في آخر شهر كذا ففي المذهب رأيان أرجحهما أن الطلاق يقع في آخر جزء من الشهر . والرأي الثاني وهو المرجوح أن الطلاق يقع في أول النصف الآخر من الشهر ؛ إذ النصف الثاني من الشهر يطلق عليه آخر الشهر فيقع بأوله . والاول أرجح كما قلنا :

(١) منى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج ج٣ ص ٣١٣ .

(٢) حاشية شيخ الشيوخ ، وخاتمة أهل الرسوخ الشباب أبي العباس أحمد الرملي الكبير
عل هامش أسنى المطالب شرح روض الطالب ج٣ ص ٣٠٦ .

لأنه يسبق إلى الظن عند ذكر عبارة : آخر الشهر أن المراد هو آخر جزء من الشهر^(١) .

إضافة الطلاق إلى زمن حال :

وقال الشافعية : لو أن الرجل أضاف الطلاق إلى زمن موجود بأن قال مثلا : أنت طالق في رمضان وهو فيه . فإنها تطلق في الحال . أما لو قال : أنت طالق في أول رمضان أو إن جاء رمضان . فتطلق في أول رمضان القابل ؛ لأن التعليق إنما كان قالة ليلا ، ويلغو ذكر اليوم ؛ لأنه لم يعلق ، وإنما أوقع وسمى الوقت بغير اسمه وقال الأذرعى : لو ادعى أنه أراد اليوم التالي وقد كان علق طلاق امرأته بعبارة السابقة أثناء الليل ، فينبغي أن يقبل منه ، حتى لا يقع قبل الفجر .

تعليق الطلاق على مضي زمن :

لو علق الرجل طلاق زوجته على مضي زمن معين وقع الطلاق بعد مضي الزمن الذي حدده ؛ فمن قال لزوجته : أنت طالق بعد شهر فبمضي ثلاثين يوما تطلق ، فإن كان التعليق ليلا فبمضي قدره أى ما سبق منه على التعليق من يوم إحدى وثلاثين تطلق . وإن كان نهارا يكمل بقدر ماسبق منه على التعليق من يوم إحدى وثلاثين . فإن اتفق أنه علق وقت ظهور هلال أوائل الشهر كنى مضي الشهر تاما أو ناقصا .

قال صاحب أسنى المطالب : وظاهر أن محلها أن يعلق في غير اليوم الأخير ، فإن علق فيه كنى بعده شهر هلالى كما مر في السلم^(٢) .

(١) منى المحتاج لمعرفة ما فى ألفاظ المتنازع ٣ ص ٣١٣ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب شيخ زكريا الأنصارى ٣ ص ٣٠٢ .

(٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب ٣ ص ٣٠٤ ٣٠٣ .

تقيسه :

التعليق بمضى شهر أو سنة يقصد بذلك الشهر الهلالي ، والسنة العربية . فإذا علق رجل طلاق زوجته بانقضاء سنة فتطلق بانقضاء اثني عشر شهرا بالأهلة التامة ويتم المنكسر من الثالث عشر إن وقع كسر بأن علق في أثناء الشهر ؛ فلو قال الرجل : أردت بالسنة ، منكرة أو معرفة ، سنة رومية ، أو فارسية ، لم يقبل قوله ظاهرا ، ويدين ؛ لاحتمال ما قاله . قال الأذرعى : نعم لو كان ببلاد الروم ، أو الفرس ، فيبغى قبول قوله (١) .

الشك في مضى المدة

لو شك الرجل في مضى مدة من التعليق : هل تم العدد أو لا ؟ عمل باليقين ، وحل له الوطء حال التردد ؛ لأن الأصل عدم مضى العدد ، وانطلاق لا يقع بالشك (٢) .

إضافة الطلاق إلى زمن ماض :

إذا أضاف الرجل طلاق زوجته إلى زمن ماضى كأن يقول لها مثلا : أنت طالق أمس ، أو في الشهر الماضى ، أو السنة الماضية ؛ ففي المسألة تفصيل ، بيانه ما يأتى :

أولا - إذا قصد الرجل إيقاع الطلاق في الحال مستندا إلى الزمن الماضى الذى ذكره ؛ ففي المذهب رأيان : أحدهما أن الطلاق يقع في الحال ، ولغا قصد الاستناد إلى الماضى ؛ لاستحالة - والقول الثانى : أنه لا يقع بهذا القول طلاق ، لأنه إنما أوقع طلاقا مستندا ، فإذا لم يمكن استناده ، وجب ألا يقع . ومثل هذه الحالة حالة ما إذا قصد بتعليقه إيقاع الطلاق

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ .

(٢) معنى المحتاج لمعرفة معنى ألفاظ المتأخر ج ٣ ص ٣١٤ ، وأسنى المطالب ج ٣ ص ٣٠٤ .

في الماضي (أمس ، أو الشهر الماضي ، أو السنة الماضية) أو قال : لم أرد شيئاً ، أو تمنر الرجوع إليه لمعرفة قصده وذلك لموته ، أو جنونه ، أو إصابته بالخرس ، ولا إشارة له مفهومة ، لكن في صورة قصد إيقاعه أمس يقع في الحال على المذهب المنصوص .

ثانياً - إذا لم يقصد الرجل من قوله لامرأته : أنت طالق أمس إنشاء طلاق لا حالا ، ولا ماضياً ، بل قصد الإخبار بالطلاق ، وهو أنه طلق أمس في هذا النكاح ، وهي الآن معدة من طلاق بائن ، أو رجعي ؛ فإن الرجل يصدق يمينه في ذلك ، لقرينة الإضافة إلى أمس . وتحسب عدة المرأة من الوقت الذي ذكره إن صدقته . وإن كذبت ، أو قالت : لا علم لي ، تحسب عدتها من حين إقراره بالطلاق .

ثالثاً - لو ادعى الرجل أنه لا يريد طلاقها في هذا النكاح ، بل يقصد بما قال أنه طلقها في نكاح آخر غير نكاحه هذا ، وأنها بانث منه ، ثم جدد نكاحها ، أو يقصد الإخبار عن واقعة أخرى حدثت لهذه المرأة وهي : أنها كانت متزوجة من زوج آخر في نكاح سابق ثم طلقها هذا الزوج - وفي هذه الحالة إن صدقت الوقائع والقرائن ادعاء هذا الرجل بأن كان للبرأة نكاح سابق ، وطلاق فيه ، بأن احضر بينة على ذلك ، أو دلت القرائن على ذلك - صدق الرجل يمينه في إرادة ما ادعاه . وإن صدقته المرأة فيما ذكره صدق في ادعائه بلا يمين . وإن لم يعرف ما ذكره الرجل فلا يصدق ، ويقع الطلاق منجزاً في الحال ؛ لبعده عواء . وقد نقل صاحب مغنى المحتاج عن الشرح الصغير عن الإمام : أنه ينبغي أن يقبل ادعاء هذا الرجل فيما قاله لاحتماله^(١) ثم صوب بعد ذلك الرأي الأول . وقال صاحب أسنى المطالب : ولو قال : أنت طالق أمس ، طلقت في الحال ، سواء أراد وقوعه أمس أو

(١) مغنى المحتاج لمعرفة سائر الفاظ المحتاج ج ٣ ص ٢١٥ .

في الحال مستندا إلى أمس ، أو لم يرد شيئا ، أو مات . أو جن قبل بيان الإرادة ، أو خرس ولا إشارة له مفهومة ؛ لأنه خارجها بالطلاق ، وربطه بمجتمع ، فيلغو الربط ، ويقع الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق للبدعة ، ولا بدعة في طلاقها . فإن أراد الإخبار بأنه طلقها أمس في هذا العقد ، وقد راجعها ، أو وهي الآن معتدة ، أو باتن ، قبل منه ؛ لقريته الإضافة إلى أمس . واعتدت من أمس ، إن صدقته ، ويبقى النظر في أنه كان يخالفها أولا ، كما يأتي بيانه في العدد . وإن لم تصدقه ، فن الإقرار تعتد . وإن قال أردت أنها طلقت أمس متى في عقد غير هذا العقد أو من زوج آخر قبل ، قبل منه إن عرف عقد سابق ، وطلاق فيه بيينة ، أو غيرها ، سواء أصدقته ، في إرادته ، أم لا . ويخالف ما مر حيث لم يحتج فيه إلى معرفة ذلك ، لا عرفه ثم بطلاق في هذا العقد ، وهنا أراد صرفه عنه ، وإن لم يعرف ذلك ، فلا يقبل منه ، ويحكم بطلاقها في الحال . وهذا ما في المتأخر كإصله ، والشرح الصغير ، ونقله الإمام والفقهاء عن الأصحاب . ثم ذكر ، أعني ، الإمام . احتمالا جرى عليه في الروضة ، تبعاً لنسخ الرافعي السقيمة . وهو أنه ينبغي أن يقبل منه لاحتماله . ولها إن لم تصدقه تحليفه أنه أراد ذلك ، أي أنها طلقت في هذا العقد ، أو في عقد غيره ^(١) .

فروع :

لو قال الرجل لزوجته : « أنت طالق قبل أن تخلق » ، قال الصمري : طلقت إذا لم تكن له إرادة . ولو قال لها نهارا : « أنت طالق غدا أمس » ، أو أمس غدا ، بالإضافة ؛ وقع الطلاق في الحال ؛ لأن غدا أمس ، وأمس غدا هو اليوم . فإن قاله : « وقع غدا في الأولى » ، وحالا في الثانية . ولو قال : أنت طالق أمس غدا ، رخصا أمس بغير إضافة لنا ذكر أمس ، ووقع

الطلاق في الغد ؛ لأنه علقه بالغد وبأمس ، ولا يمكن الوقوع فيهما ، ولا الوقوع في أمس ، فيتعين الوقوع في الغد لإمكانه ، ولو قال : أنت طالق اليوم غدا ، وقع طلاقه في الحال ، ولا يقع شيء في الغد ؛ لأن المطلقه اليوم طالق غدا ، ويحتمل أنه لم يرد إلا ذلك . ولو أراد بذلك وقوع نصفها اليوم ، ونصفها الآخر غدا ، وقع طلاقه فقط في الحال ؛ لأن ما أخره تعجل . فإن أراد نصف طلاقه اليوم ونصف طلاقه غدا وقع طلقتان إلا أن تبين بالأولى .

إضافة الطلاق إلى زمن حال مع تعليقه على فعل

ولو أضاف الطلاق إلى زمن حال وعلقه على فعل شيء أو تركه فلا يقع الطلاق ، فن قال لزوجته : أنت طالق الساعة إن دخلت الدار أو أنت طالق الساعة إذا جاء الغد ، لفا كلامه ، ولم تطلق ، وإن وجدت الصفة ؛ لأنه علقه بوجودها فلا يقع قبله ، وإذا وجدت فقد مضى الوقت الذي جعله محلا للإيقاع^(١) .

رأى آخر :

نقل الرملى في حاشيته رأيا بوقوع الطلاق فوراً في الحالة السابقة فقال : قوله : ولو قال : أنت طالق اليوم إذا جاء الغد ، أو إن جاء الغد فأنت طالق اليوم فقد جزم الغزالي في كتابه غاية الفوز في دراية الدور : بأنه يقع الطلاق في الحال . قال البليغنى : وهو عندنا ممنوع . ولا فرق بين ذلك وبين المسألة المستورة . وقد بينا ذلك في الفوائد المحضة على الرافعى والروضة^(٢) .

(١) منى المحتاج لمعرفة معاني أقطاب المنهاج ج ٣ ص ٣١٥ ، وأسنى المطالب ج ٣ ص ٣٠٥

(٢) حاشية الرملى بهامش ج ٣ ص ٣٠٥

الطلاق المعلق على شرط

أدوات التعليق :

من أدوات التعليق إن نحو: إن دخلت الدار فأنت طالق، ومن (بفتح الميم) كمن دخلت من نسائي فمسي طالق، وإذا، ومتى، ومتى ما، وكلما، وأى . وإذا ما، على رأى سيويه، ومهما، وهى بمعنى ما، وما الشرطية، وإذا ما، وأياما، وإيان وهى كنى فى تعميم الأزمان، وأين، وحيثما لتسميم الأمكنة، وكيفما للتعليق على الأحوال .

قال صاحب المغنى : « فى فتاوى الفزالى : إن التعليق يكون بلا، فى بلد عم العرف فيها، كقول أهل بغداد : أنت طالق لادخلت الدار . ويكون التعليق أيضاً بـلو كانت طالق لو دخلت الدار كما قاله الماوردى^(١) .

ما تقتضى التكرار :

ولا يقتضى من أدوات التعليق التكرار لـلا كلما، فإنها تقتضى التكرار وضما واستماليا ولا يقتضى أدوات التعليق المذكورة ، بالوضع، دورا فى المعلق عليه ، ولا تراخيا إن علق بمثبت إلا فى الخلع والتعليق بالمشبهة؛ ففى بعض صيغته^(٢) ، كإن وإذا، فمن قال لزوجه: إن ضمتنى مالا قدره كذا فأنت حرة زيد من الفورية فى قبولها ؛ لأن هذا من قبيل المعاوضات ، وهى تقتضى الفورية فى القبول ؛ لأن القبول لا بد وأن يكون غير متراح عن الإيجاب . ومن قال لزوجه : أنت طالق إن شئت ، أو إذا شئت فإنه يعتبر الفور فى المشبهة ؛ لأن هذا على الصحيح بمثابة تحليل للزوجة تطليق نفسها ، وهذا بخلاف متى شئت . كذلك أدوات التعليق المذكورة

(١) مفتى المحتاج لمعرفة مائة ألفاظ النكاح ج ٣ ص ٣١٦ . ويراجع أسنى المطالب نرح

روض الطالب ج ٣ ص ٣٠٧ -

جميعها لا تقتضى تكراراً في المعلق عليه ، بل إذا وجد مرة واحدة في غير
نسيان ، ولا إكراه ، انحلت العين ، ولم يؤثر وجودها ثانياً . إلا ذلك ،
وذلك لأن إن تدل على مجرد الفعل الذى بعدها ، وكذا أسماء الشرط . أما
« كما » ، فإن التعليق بها يقتضى التكرار في المعلق عليه بالوضع . والاستعمال .

التعليق بنفى فعل :

إذا استعملت أدوات التعليق في تعليق الطلاق بنفى فعل كدخول ،
أو نفي تطليق ، أو ضرب ، أو غير ذلك ، فالمذهب أنه إن علق بإن ، كإن لم
تدخل الدار فانت طالق ، وقع الطلاق عند اليأس من الدخول للدار ، وذلك
بأن يموت أحدهما ، أو يحن الزوج جنونا متصلا بموته فيقع الطلاق إذا
بقى ما لا يسع التطليق . أما إذا كان تعليق الطلاق بأداة من أدوات التعليق
غير « إن » كالتعليق بإذا مثلاً فعند مضي زمن يمكن فيه ذلك الفعل المعلق
عليه من وقت التعليق ولم يفعل يقع الطلاق . وقال فقهاء الشافعية تعليلاً
لذلك : إن (إن) حرف شرط لا إشعار لها بالزمان ، وإذا ظرف زمان كنى
في تناول للأوقات ، بدليل أنه إذا قيل متى ألفاك صح أن يقول إذا . ومتى
شئت أو نحوهما ، ولا يصح إن شئت ، فقول الرجل لزوجته : إن لم أطلقك
معناه ، إن قاتنى تطليقك ، وفواته باليأس ، وقوله : إذا لم أطلقك معناه
أى وقت قاتنى فيه التطليق ، وفواته بمعنى زمن يتأتى فيه التطليق ولم يطلق .
أما غير إن وإذا من الأدوات كنى ، ومتى ما فهم للنور قطاً . وقال
صاحب معنى المحتاج : لو أن الرجل قال : أردت إذا ما معنى إن قبل ادعاؤه
باطناً وكذا ظاهراً ؛ لأن كلا منهما قد يقوم مقام الآخر .^(١) وإن أراد بيان
معنى إذا قبل ظاهراً لأنه غلط على نفسه ، وإن أراد بغير « إن » ، وقتاً معيناً

(١) معنى المحتاج لمعرفة متى ألتقط المحتاج ج ٣ من ٣١٧ ، ٤٨١ أسنى الطالب شرح

روض الطالب ج ٣ من ٣١٠ ، ٣١١

قريبا ، أو بعيدا ، دين لاحتمال ما أراد . فان قيل : قد قلتم : إنه إذا أراد باذا معنى ان أنه يقبل ظاهرا ، وهنا ليس كذلك . أجيب بأنه ثم ، أراد بلفظ ، معنى لفظ آخر ، بينها اجتماع في الشرطية ، بخلافه هنا .

انحلال البين

وقال صاحب أسنى المطالب : فإن كان التعليق بصيغة « إن لم اطلقك » فلا تطلق إلا عند اليأس من الإطلاق بأن يموت أحدهما ، أو يحن الزوج جنونا متصلا بموته فيقع قبيل الموت أو الجنون بحيث لا يبقى زمن يمكنه أن يطلقها فيه : لانتفاء التكليف بكل منها . وإنما لم يحصل اليأس بمجرد جنونه لاحتمال الإفاقة ، والتطليق بعدها . قال في المهمات : والتعبير بقبيل غير محرم . والصواب وقوعه إذا بقي ما لا يسع التطليق . نبه عليه الماوردي والروائي . وكالجنون الإغماء والخمرس الذي لا كتابة لصاحبه ، ولا إشارة مفهومة . وإن فسخ النكاح ، وانفسخ ، أو طلقها وكيله ، ومات أحد الزوجين ، قبل تجديد النكاح ، أو الرجعة ، أو بعده ، ولم يطلق تبين وقوعه قبيل الانفساخ إن كان الطلاق المعلق رجعيا ؛ إذ لا يمكن وقوعه قبيل الموت لفوات المحل بالانفساخ إن لم يجدد ، وعدم عود الحث إن جدد ولم يطلق ، فيتمتعين وقوعه قبيل الانفساخ ، واعتبر طلاق وكيله ؛ لأنه يفوت الصفة المعلق عليها بخلاف طلاقه هو . وهذا هو فائدة عطفة طلاق الوكيل على ما قبله ، وإلا فهو لم يذكر حكمه ، بل اقتصر على حكم ما قبله ، واعتبر في وقوعه قبيل الانفساخ كونه رجعيا لتصور الانفساخ بعده ، وإن كان بائنا لم يقع قبيل الانفساخ ؛ لأن البينة تمنع الانفساخ فيقع الدور إذ لو وقع الطلاق لم يحصل الانفساخ ، فلم يحصل اليأس فلم يقع الطلاق . فإن طلقها بعد التجديد للنكاح ، أو علق بنى فعل غير التطليق كالضرب ، فضرها وهو مجنون ، أو وهى ماطقة ، ولو طلاقا بائنا ، انحلت البين . أما

الأول، فلأن البر لا يختص بحال النكاح . ولهذا تنجل الميم بوجود الصفة حال البينونة . وأما الثاني : فلأن ضرب المجنون في تحقق الصفة ونفيها كضرب العاقل . والضرب حال البينونة ممكن بخلاف الطلاق . فإن إبانها واستمرت البينونة إلى الموت ، ولم يتفق ضرب تبين وقوعه قبيل البينونة كما صرح به الوسيط ، وإن وقع في عبارة الأصل هنا ما يقتضى عدم وقوعه أصلاً نبه عليه في المهمات (١) .

إن تركت طلاقك فأنت طالق :

فرق الشافعية بين قول الرجل لزوجته: إن تركت طلاقك فأنت طالق ، وقوله إن سكنت عن طلاقك فأنت طالق ، فقالوا : إن العبارتين تقتضيان الفور في هذه الحالة ، فإذا لم يطلق الرجل زوجته في الحال طلقت بوجود الصفة . أما إذا نفاهما فقال : إن لم أترك طلاقك ، أو إن لم أسكت عن طلاقك فأنت طالق فلا يقتضى الفور ، فإن طلق فوراً واحدة ثم سكنت انحلت بميمه في حالة قوله إن لم أترك طلاقك فأنت طالق ، فلا تقع طلقة أخرى ؛ لأنه لم يترك طلاقها ، أما لو كان يمينه بقوله إن لم أسكت عن طلاقك فأنت طالق فتقع أخرى لسكوته وتنجل يمينه . قال ابن العماد أخذاً من كلام الماوردي : إنه في الأولى علق على الترك ولم يوجد ، وفي الثانية على السكوت وقد وجد ؛ لأنه يصدق عليه أن يقال سكنت عن طلاقها ، وإن لم يسكت أولاً ، ولا يصح أن يقال ترك طلاقها إذا لم يتركه أولاً - (٢) وقال الرملي في حاشيته : « وأما قول الرجل : إن سكنت عن طلاقك فأنت طالق ثم طلقها عقب ذلك يقع المنجز ، ولا يبطل حكم التعليق لبقاء شرطه ، وهو التعليق على السكوت ، والمتناظر بالطلاق وغيره لا يسمى ساكناً حال تلفظه . وإذا

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ ص ٣١٠ ، ٢٩١ .

(٢) المصدر السابق غير الجزء والصفحة .

لم يوجد سكوت عن الطلاق فيبقى التعليق على حاله ، وإن سكوت عقب المنجز لحظة وقع المعلق . والمعلق بالسكوت لا يسمى ساكناً حال تلفظه بالطلاق المنجز (١) .

تعليق الطلاق بنفي فعل بكلمة :

ولو كان تعليق الطلاق بنفي فعل وكانت أداة التعليق كلمة ، بأن قال الرجل لزوجته : كلما لم أطلقك فأنت طالق ، فمضى قدر ما يسع ثلاث تطبيقات متفرقات بلا تعليق ، طلقت ثلاثاً ، إن لم تب بالاولى ، وإلا فتطلق واحدة فقط .

تكرار الطلاق بتكرار وقوع الفعل :

قال صاحب المنهاج : « ولو قال : إذا طلقتك فأنت طالق ثم طلق أو علق بصفة ، فوجدت ، فطلقتان ، أو كلما وقع طلاق ، فطلق ثلاث في محسوسة ، وفي غيرها : طلبة .. »

وشرح صاحب معنى المحتاج ما تقدم في أن الطلقتين ؛ واحدة بتطبيقها منجزاً ، أو التعليق بصفة وجدت ، وأخرى بالتعليق به . وقال صاحب المغنى : إنه في هذه الحالة لا بد من تأخير التعليق ، فلو علق طلاقها ، أولاً ، بصفة ؛ بأن قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وأردف ذلك التعليق بتعليق آخر متصل به ؛ بأن قال : إذا طلقتك فأنت طالق . فوجدت الصفة لم يقع الطلاق المعلق به ؛ لأنه لم يحدث بعد تعليق طلاقها شيئاً ؛ لأن وجود الصفة وقوع لا تعليق ، ولا إيقاع ، والتعليق مع وجود الصفة تطبيق وإيقاع . أما مجرد التعليق فليس بتطبيق ، ولا إيقاع ، ولا وقوع (٢) .

(١) حاشية الرمل على هامش أسنى الطالب ج ٣ ص ٣١٠ .

(٢) منى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الفريضي الخطيب ج ٣ ص ٣١٦ .

٣١٧ وانظر أسنى الطالب شرح روض الطالب ج ٣ ص ٣٠٧ - ٣٠٨ .

تعليق الطلاق بإيقاعه ووقوعه

وقال صاحب المغني شرحاً لما قاله المنهاج : « أوكلنا وقع طلاق ، فطلق ، فثلاث في ممسوسة وفي غيرها طلقة » ؛ قال : تقع ثلاث في الممسوسة ، ومستدخلة مائه المحترم حين وجود الصفة ؛ لاقتضاء كلنا التكرار واحدة بالتنجيز ، وثنتان بالتعليق بكلاً . . . واحدة بوقوع المنجز ، وأخرى بوقوع هذه الواحدة . وفي غير الممسوسة تقع طلقة ؛ لأنها تبين بالمنجز ؛ فلا يقع المعلق بعدها . وخرج بقوله : كلما وقع طلاق ، ما لو قال : كلما طلقناك فأنت طالق ، ثم طلق ، فثنتان فقط . . المنجز ؛ وأخرى بحصول التعليق المعلق . والفرق بين الإيقاع والوقوع : أن الأول يرجع للزوج ، والثاني للشرع ؛ لأن الزوج لو أراد تعجيل المعلق بصفة لم يملك ذلك ؛ لأنه يغير حكماً ثابتاً بالشرع (١) .

اتصال الشرط بالجزاء :

يرى الشافعية كما يرى الأحناف أنه لا بد لصحة التعليق من عدم الفصل بين الشرط والجزء إلا لعذر . ولهذا لو قال لزوجته : أنت طالق ، وسكت ثم قال : إن دخلت الدار ، فإن كان السكوت لحاجة ، تعلق الطلاق بالشرط ، وإلا ، وقع في الحال (٢) .

الولاية على المحل حال التعليق :

يرى الشافعية أن تعليق طلاق الأجنبية عن المعلق على زواجه منها ، أو على ملكه لها ، لغو ؛ إذ من أركان الطلاق عندهم الولاية على المحل . وقد استدلوا لذلك بالكتاب والسنة والمعقول .

(١) منى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الصبريني الخطيب ج ٣ ص ٣١٦

٣١٧ وأقترأ أسنى المطالب ج ٣ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ .

(٢) أسنى المطالب ج ٣

أما الكتاب ؛ فقله تعالى : « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن ،
فقد الله الطلاق بعد النكاح لأقله .

أما السنة ؛ فيها : ما رواه الدارقطني عن زيد بن علي بن الحسين
عن آبائه ، أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن أمي عرضت علي
قراية ، فقلت : هي طالق إن تزوجتها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
« هل كان قبل ذلك ملك ، قلت : لا ؛ قال : « لا بأس ، وروى ، أيضاً ، بإسناده
عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال :
يوم أزوج فلانة فهي طالق فقال : « طلق مالا يملك ، فهذان الحديثان
صريحان في إبطال التعليق .

ومن السنة أيضاً ما روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح
ولا عتق إلا بعد ملك » رواه أبو داود وغيره ، وقال الترمذي : حسن صحيح . ورواه
الحاكم من رواية جابر بن عبد الله : « لا طلاق لمن لا يملك ، ولا عتاق لمن لا يملك ،
وقال : صحيح على شرط الشيخين .

وجه الاستدلال :

وأضح من الحديث الأخير نفي صحة وقوع الطلاق أو تعليق وقوعه
وكذلك العتاق لمن أوقعه أو علق وقوعه ، وهو لا يملك المحل الذي يقع عليه
الطلاق أو العتاق (١) .

وجود الملاق عليه حال الملك

كذلك يرى الشافعية أن الطلاق المعلق على صفة لا بد لو وقع من وجود
الشرط حال الملك الذي تم فيه التعليق وفرعوا على ذلك ؛ فقالوا : وإن علق

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢٨٤ ص ٢٨٥ وحاشية الرمل على حاشي
أسنى المطالب فأن الجزء والصحة .

الزوج طلاق زوجته بصفة ، كدخول الدار ، فأبانها قبل الدخول أو بعده ، ثم تزوجها ووجدت الصفة قبل التزويج لم تطلق ؛ لانحلال اليمين بالدخول في حال البينونة ، وكذا إن وجدت الصفة بعد التزويج ؛ إذا أظهر أنه لا يعود الخنث في الطلاق ولا في غير ، كالإيلاء ، والظهار ، والعق بعد زوال الملك ، أى ملك النكاح في الأولين ، والرقبة في الثالث ، وبعد تجديده . وذلك لتخلل حالة لا يصح فيها شيء من ذلك ، فرفع حكم اليمين ، ولأنه تعليق سبق هذا النكاح فلا يؤثر فيه كالتعليق في حال عدم الزوجية ، ولأنه يمتنع أن يراد به النكاح الثاني لسبقه فتعين الأول وقد انقطع (١) . لكن لو حصل طلاق رجعى بعد التعليق ، ثم راجعها ووجد المعلق عليه بعد الرجعة ، فإن الطلاق يقع ؛ لأن الرجعة ليست نكاحاً مجدداً بخلاف الأول .

تعليق الطلاق بمشيئة الله

يرى الشافعية عدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله ، كما يمتنع بها انعقاد سائر التصرفات كالعق ، والنذر واليمين والبيع .

الدليل .

واستدل الشافعية لرأيهم بالسنة والمعقول .

أما السنة ، فمنها : قوله صلى الله عليه وسلم : «من حلف ثم قال : إن شاء الله فقد استثنى ، رواه الترمذى وحسنه ، والحاكم وصححه .

وجه الاستدلال .

بين الحديث أن التعليق على مشيئة الله هو استثناء ، والاستثناء رفع

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ من ٢٨٥ ، ٢٨٦ وحاشية الرمل على هامشه ذات الجز . والصفحة .

حكم اللفظ المتقدم جميعه . ولا لغوى هذه الحالة؛ فهو تعليق للطلاق بصفة صيغتها التردد إذ المشيئة غيب لا يطلع عليه ، فالمعلق به غير معلوم .

المعقول .

قال الشافعية تعليلا لرأيهم : إن تعليق وقوع الطلاق على مشيئة الله ، تعليق على أمر غير معلوم ؛ لأن مشيئة الله غير معلومة : فكأنه غير قاصد لطلاقها ؛ كما قالوا : إن تعليق وقوع الطلاق بمشيئته تعالى يقتضى حدوثها بعد صدور التعليق من المعلق ، كالتعليق بمشيئة زيد ، ومشيئة الله تعالى قديمة ، لا يتصور حدوثها (١) .

لا أثر للتعليق عند انعدام القصد

وقال الشافعية : إنه إذا انعدم القصد إلى تعليق الطلاق بمشيئة الله بأن سبق لسان الرجل لتعويده بها ، كما هو الأدب ، أو قصد بها التبرك ، أو أن كل شيء بمشيئته تعالى ، أو لم يعلم هل قصد التعليق أولا طلق . وليس هذا كالاستثناء المستغرق ، لأن ذلك كلام متناقض غير منظم ، والتعليق بالمشيئة منظم . فإنه قد يقع معه الطلاق وقد لا يقع (٢) .

تعليق الطلاق بمشيئة من تعلم مشيئته

١ التعليق بمشيئة الزوجة

ولو علّق الرجل طلاق زوجته بمشيئتها فلا يخلو الحال ؛ إما أن تكون حاضرة وخاطبها بذلك التعليق ، بأن قال لها : إن شئت فأنت طالق ، أو غائبة وقال : زوجتي طالق إن شاءت ، ولو حضرت وسمعت . وفي كلتا الحالتين

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ ص ٢٩٤ وحاشية الرمل على هامشه ، نفس

الجزء والصفحة .
(٢) المصدر السابق .

إما أن يكون التعليق بـان ، أو إذا ، أو غيرهما^(١) .

الحالة الأولى :

ففي الحالة الأولى وهي حالة ما إذا خاطبها قائلاً لها : أنت طالق إن شئت ، أو إذا شئت ، كانت هذه الحالة متضمنة تملكها لها إطلاق نفسها كطلقي نفسك ، فيشترط جوابها على الفور . والمراد بالفور مجلس التواجد . وقيل : إذا شئت في المجلس طلقت ، لأن حريم العقد يقوم مقامه كما في القبض في في الصرف والسلم . وقيل : أي وقت شئت طلقت ، ولا يتقيد ذلك بوقت كما لو قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق . أما إذا كان التعليق بغير إن ، أو إذا ، فلا يشترط الفور في الإيجاب .

الحالة الثانية :

إذا كان التعليق بغير إن أو إذا ، أو كان التعليق بمشيئتها غيبة ، كزوجي طالق إن شئت . والرأي الأصح في هذه الحالة أنه لا يشترط الإيجاب فوراً ؛ لبعد أن تكون هذه الحالة بمثابة تملك الزوجة تطلق نفسها .

رأى آخر :

وقيل : يشترط الفور ؛ نظراً إلى تضمن عبارة : « زوجي طالق إن شئت » ، تملكها الطلاق .

أهلية من علق الطلاق بمشيئته

التعليق على مشيئة الأجنبي البالغ :

لو علق الطلاق بمشيئة أجنبي ، فإن كان خطاباً له كقوله لأجنبي : زوجي

طالق إن شئت ، ففي المسألة الرأبان السابقان . وأصحهما أنه لا يشترط الفور .
ولو كان التعليق بمشينة أجنبي غيبة كقوله : زوجتي طالق إن شاء محمد
فلا يشترط المشينة فوراً (١) .

تعليق الطلاق بمشينة الصبي ، أو الصبية :

في وقوع الطلاق المعلق بمشينة كل من الصبي أو الصبية رأبان ، أحصهما
أنه لا يقع وإن كانا يميزن ؛ لأنه لا اعتبار بمشيتهما في التصرفات ، ولأنه
لو قال للصغيرة : طلق نفسك ، فطلقت ، لم يقع ، فكذا إن علق الطلاق
بمشيتها . وقبل يقع الطلاق المعلق بمشينة الصبي أو الصبية المميز لأن مشينة
المميز معتبرة في اختيار أحد أبويه . أما غير المميز فلا يقع الطلاق المعلق
بمشيته مطلقاً (٢) .

تعليق الطلاق بمشينة مجنون :

ولا يقع طلاق علق بمشينة مجنون ولو بالغا ؛ لأنه وإن اعتبر اللفظ ،
لكن لا بد من صدوره ممن يتصور أن يكون لفظه معبراً عن مشيئته . لكن
لو قال رجل لمجنون أو لصغير : إن قلت : شئت ، فزوجتي طالق ، فقال :
شئت ، طلقت ، لوجود المعلق عليه .

تعليق الطلاق على مشينة أخرس :

لو علق الطلاق بمشينة أخرس فأشار إشارة مفهومة وقع الطلاق . ومثل
هذه الحالة مالو علق الطلاق على ناطق غرس (٣) .

(٢١) منى المحتاج إل معرفة معاني ألفاظ المتهاج ج ٣ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥

(٣) منى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المتهاج ج ٣ ص ٢٢٥ وانظر أسنى المطالب شرح

روى الطالب ج ٣ ص ٣١٧ .

التعليق على مشيئة من لا تعلم مشيئته :

قال فقهاء الشافعية : إن الطلاق المعلق بمشيئة لا يعلم حصولها ، لا يقع . وذكروا أمثلة لذلك ، منها : لو علق الطلاق بمشيئة الملائكة ؛ إذ لهم مشيئة ولا تعلم حصولها . وكذلك لا يقع الطلاق المعلق بمشيئة بهيمة ؛ لأنه كتعليق الطلاق بمستحيل ، كما قال الماوردي . والتعليق بمستحيل لا يقع به الطلاق^(١) .

لا يملك المعلق على المشيئة الرجوع :

وقال الشافعية : إن من علق طلاق زوجته بمشيئة غيره لا يملك الرجوع قبل مشيئة الغير ؛ لأنه وإن كان تعليق الطلاق بمشيئة الغير تملك للطلاق في بعض حالاته ، لكنه فيه شائبة تعليق الطلاق على صفة ، فيمتنع الرجوع فيه كسائر التعليقات .

الحلف بالطلاق

التعليق بفعل :

لفقهاء الشافعية رأيان ، في حالة ما إذا علق الرجل طلاق زوجته بفعله ، ففعله ناسياً أو مكرها ، أو علقه بفعل غيره قاصداً منعه من الفعل أو حثه على فعله وهو ممن يشق عليه حثه . وتفصيل ذلك فيما يلي :

١ - لو علق زوج طلاقاً بفعله ، كدخوله الدار ، ففعل المعلق به ناسياً للتعليق ، أو ذاكره مكرهاً على الفعل ، أو طائفاً جاهلاً ، فالرأي الأظهر أن الطلاق لا يقع .

والرأي الثاني : أن الطلاق يقع فليس النسيان ونحوه بدافع للوقوع .

دليل الرأي الأول :

استدل أصحاب الرأي الأول بالسنة ، التي منها : خبر ابن ماجة وغيره : (إن

(١) منى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٣٧٥ وأنظر أسنى المطالب شرح

روض الطالب ج ٣ ص ٣١٧

الله وضع عن أمي الحولاء ، والله ، وما استكرهوا عليه ، أي لا يؤاخذهم بذلك . ومقتضاه رفع الحكم ، فيعبر كل حكم ، إلا ما تام الدليل على استثنائه ، كقيم المتلفات .

المعقول

كما استدل لهذا الرأي بالمعقول . وخلاصته : إن المكروه على الطلاق لا يقع طلاقه ، فكذا المكروه على الصفة ، ولا فرق بين الحلف بالله تعالى ، وبالطلاق - لكن نقل عن القاضي حسين يقع في الحلف بالطلاق في النسيان .

تعليق الطلاق بفعل الغير لأمر مستحيل

ولو حلف الرجل معلقا طلاق زوجته بفعل غيره ، وقد قصد بذلك منعه ، أو حثه ، وهو ممن يشق عليه حثه ، فلا يخالفه لسبب من أسباب الود كصدقة ، أو قرابة ، أو زوجية ، أو نحو ذلك مما يجعله يحرص على إبراء قسمه ، ولو حياها لمكارم الأخلاق ، وعلم ذلك الغير بتعليق الزوج طلاق زوجته على فعله ، فالأظهر أنه لا يقع الطلاق إذا فعل ذلك الغير الفعل المعلق به الطلاق ناسيا ، أو مكرها ، أو جاهلا .

وفي هذا الموضوع يراعى الآتي :

أولا : يقع الطلاق المعلق على فعل الغير ، إذا لم يقصد المعلق منع هذا الغير بتعليقه من فعل هذا الفعل المعلق به الطلاق أو لم يقصد حثه على فعله .
ثانيا : كذلك يقع الطلاق بفعل الغير الذي علق بفعله الطلاق . إذا لم يكن الغير الذي علق الطلاق بفعله ممن يبالون بالمعلق ، كالسلطان ، والحجيج ، أو كان يبالى به لكنه لم يعلم بالتعليق سواء أتى الفعل في حالة نسيان أم لا .

وقد علل الشافعية لوقوع الطلاق في الحالتين السابقتين بقولهم : إن الغرض في هذه الصور أصبح مجرد تعليق الفعل من غير قصد منع أو حث .

وقال صاحب المفتى : إنه يستثنى من ذلك صورة ما إذا حلف معلفاً الطلاق على فعل شخص قاصداً منعه ، أو حثه ، وهو بمن يبالى به ، وقصد إعلامه ، ولم يعلم به ، فلا تطلق ، فقد فهم هذا الحكم من كلام أصل الروضة وعزاه السبكي للجمهور (٢) .

الحلف على نفي شيء وقع

قال صاحب المفتى : إذا حلف على نفي شيء وقع جاهلاً به : أو ناسياً ، كما لو حلف أن زهداً ليس في الدار وكان فيها ، ولم يعلم به ، أو علم ونسى ، فإن حلف أن الأمر كذلك في ظنه ، أو فيما انتهى إليه عليه : أى لم يعلم خلافه ، ولم يقصد أن الأمر كذلك في الحقيقة لم يحث : لأنه إنما حلف على معتقده ، وإن قصد أن الأمر كذلك في نفس الأمر ، أو أطلق : ففي الحث قولان : رجع منها ابن الصلاح وغيره الحث . وصوبه الزركشى ، لأنه غير معذور ؛ إذ لاحق ولا منع بل تحقيق ، فكان عليه أن يتثبت قبل الحلف ، بخلافه في التعليق بالمستقبل . ورجح الأسنوى وغيره أخذاً من كلام أصل الروضة عدم الحث . ورجح بعض المتأخرين أنه يحث فيما إذا قصد أن الأمر كذلك في نفس الأمر ، وعدم الحث عند الإطلاق . وهذا الوجه (٣) .

تعليق الطلاق بفعل بهيمة أو نحوها

وقال الشافعية : لو علق الطلاق بدخول بهيمة ، أو نحوها ، كطفل ، فدخلت مختارة ، وقع الطلاق . بخلاف ما لو دخلت مكرهة ، فإن الطلاق لا يقع ؛ لأنها حين الإكراه كأنها لم تفعل شيئاً .

(١) مقتضى المحتاج لمرة معاني الفاظ المحتاج ج ٣ ص ٢٣٦ .

(٢) المصدر السابق ذات الترتيب والتسمية .

الإكراه الذى لا يقع معه طلاق:

يرى الشافعية، كما قلنا سابقا أن المكره يباذل لا يصح منه طلاق، كما لا يصح منه إسلام، ولا تصرف من سائر التصرفات القولية: الخبر: «رفع عن أمي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه». والخبر: «لا طلاق في إغلاق»، أى إكراه، رواه أبو داود والحاكم، وصح إسناده على شرط مسلم. وقال الشافعية فى تعليلهم لهذا الحكم: إن ماصدر من المكره يباطل قول لو صدر منه باختياره طلقت زوجته، وصح إسلامه. فإذا أكره عليه يباطل لنا، كالردة. أما المكره بحق فيقع طلاقه. ويصح إسلام المرتد والحربي بالإكراه لهما عليه ولو من كافر لأنه إكراه بحق.

وحدد الشافعية الإكراه بباطل - الذى معه يزول الرضا والاختيار فلا تصح معه التصرفات القولية - بأنه الإكراه بعاجل من أنواع العقاب، يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه، بشرط أن يغلب على ظن المكره أن المكره يفعل به ما هدده به إن امتنع عما أكرهه عليه. ويشترط عجز المكره عن الخلاص من المكره بالهرب، أو المقاومة، أو الاستعانة بغيره، ونحو ذلك من أنواع الدفع، فلو هدد المكره المكره بعقاب مؤجل كقوله له: «لا ضربتك غدا! لم يكن إكراها يفسد معه الرضا والاختيار. ولكن الأذرعى اعترض على ذلك وقال تعليقا على صاحب الروض فى هذا الموضوع^(١): «وفى النفس من هذا شيء إذا غلب على ظنه إيقاع ما هدده به لو لم يفعل، ولا سيما إذا عرف من عادة الظالم إيقاع ذلك».

لا يشترط التنجيز:

ومع اشتراط كون العقاب الذى هدده به المكره عاجلا لكنه لا يشترط تنجيزه بل يكفي التوعد به لفظا.

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ ص ٢٨٢، ٢٨٣.

الإكراه يختلف باختلاف الأشخاص والأسباب

ويختلف الإكراه باختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها فقد يكون الشيء إكراها في شخص دون آخر وفي سبب دون آخر. فالتخويف بالحبس الطويل ، والصفع ظاهرا في الملاء ، وتسويد الوجه ، والطواف في السوق لذى مروءة إكراه ، والتخويف بإتلاف الولد أو الوالد إكراه ، والتهديد بإتلاف جميع المال أو أكثره إكراه.

التهديد بإتلاف المال القليل

وقال الشافعية إن التهديد بإتلاف المال يختلف باختلاف الأشخاص ؛ فمن هدد بإتلاف مال لا يضيّق عليه ، كخمسة دراهم في حق الموسر ، لا يعتبر إكراها ؛ لأن الإنسان الموسر لا يحزنه ضياع مثل هذا القدر من المال ، بخلاف المعسر . قال صاحب أسنى المطالب^(١) : وحصول الإكراه بما ذكر هو ما صححه في الروضة . وقال : لكن في بعض تفاصيله نظر . والذي حكى عن النص . وصححه المنهاج كأصله ، وقال في الشرحين : إن الأرجح عند الأئمة . وصوبه الزركشي : أنه يحصل بمحذور من نحو قتل ، أو قطع ، أو أخذ مال ، أو إتلافه ، أو ضرب ، أو حبس ، أو استخفاف . وتختلف الثلاثة الأخيرة باختلاف طبقات الناس وأحوالهم . ولا يختلف به ما قبلها ، وقيل يختلف به أخذ المال أيضا . واختاره الروياني ، وجزم به جماعة من شراح المنهاج . وهو ظاهر . والحاصل أن الإكراه يحصل بما ذكر ونحوه .

طلق زوجتك وإلا قتلت نفسي

ولا يعتبر في نظر الشافعية من قبيل الإكراه قول رجل لآخر : طلق زوجتك ، وإلا قتلت نفسي ، أو كفرت ، أو أبطلت صومي ،

(١) أسنى المطالب ص ٣٠٢ من ٢٨٢ ، ٢٨٣ .

أو صلاتي ، كما لا يرون أنه من قبيل الإكراه قول مستحق القصاص لمن سبقته منه : طلق امرأتك وإلا اقتضت منك .

الإكراه على الحلف

لكن الشافعية اعتبروا تهديد اللصوص لرجل ، بعد تركهم له ، إن لم يحلف بالطلاق أنه لا يشي بهم فحلف ، أنه من قبيل الإكراه منهم له على الحلف ، فإذا أخبرهم لم تطلق زوجته .

إدعاء الإكراه على الطلاق

لو ادعى الرجل أنه إنما طلق مكرها ، فأنكرت زوجته ما ادعاه . فإن وجدت قرينة شاهدة له كالحبس مثلا ، فالقول قوله يمينه ، وإلا فلا^(١) .

تعليق الطلاق بمستحيل

إذا علق رجل طلاق زوجته بمستحيل عرفا ، كصعود السماء ، والطيران ، أو علق طلاق زوجته بمستحيل عقلا كالجمع بين الضدين ، أو علقه بمستحيل شرعا كنسخ صوم رمضان ، فلا يقع الطلاق . ؛ لأنه لم ينجز الطلاق بل علقه ، ولم توجد الصفة . وقد يكون الغرض من التعليق بالمستحيل امتناع الوقوع لامتناع المعلق به ، كما في قوله تعالى : «حتى يلج الجمل في سم الخياط» .

المذهب المالكي

إضافة الطلاق وتعليقه

إضافة الطلاق إلى زمن وتعليقه به لا يخلو من حالات تفصلها فيما يلي :

أولا - حالات يقع فيها الطلاق المعلق منجزا

١ - تعليق الطلاق بماض :

لو علق الطلاق بماض ممتنع عقلا ، أو عادة ، أو شرعا وقع والطلاق منجزا ، دون حاجة إلى حكم حاكم ، فمن قال لزوجته : يلزمني الطلاق لو جاء زيد أمس

(١) أنظر أسنى المطالب شرح روض الطالب ٣٠٣ ص ٢٨٣ وحاشية الرمل على هامشة .

وانظر منى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المتأخرين ٣٠ ص ٣١٦

جمعت بين وجوده وعدمه وقع الطلاق فوراً؛ لأن الطلاق، بحسب الظاهر، مرتبط بالحال بأوجهه، وفي الواقع إنما هو بنقيضه، فإذا كان مرتبطاً بظاهراً بالحال عقلاً، فهو في المعنى معلق على ضده، وهو الوجوب العقلي^(١). ومن قال لزوجه: يلزمي الطلاق لوجاء زيد أمس لزمي بامرأته أو لرفعتة إلى السماء، فالطلاق يقع فوراً.

٢ - تعليق الطلاق على أمر مستقبل :

ولو علق الرجل طلاق زوجته على أمر يحقق الوجود في المستقبل لوجوبه عقلاً، أو عادة، بأن يحتمل بلوغهما معا إليه عادة، بأن كان الزمن المرتبط به هذا الأمر المستقبل المعلق الطلاق على عدمه أو وجوده أو الزمن المحدد لوقوع الطلاق عند وجوده زمناً يساوي عمر الزوجين، أو أقل، من عمرهما عادة، فإن الطلاق المعلق يقع منجراً في هذه الحالة. فن قال لزوجه: أنت طالق بعد سنة وقع طلاقه منجراً. ومن قال لها: أنت طالق يوم موتي، أو قبل موتك بيوم، أو شهر وقع طلاقه منجراً بخلاف قوله لها: أنت طالق بعد موتي، أو موتك، أو إن مت، أو إن متي، أو إذا مت، أو متي، فأنت طالق، فلا يقع في هذه الحالات شيء؛ إذ لا طلاق بعد موت، بخلاف ما لو علق الطلاق على موت الأجنبي، فإن أو إذا، يوم موته أو بعد موته، فإن الطلاق يقع حالاً؛ لأنه علقه في المستقبل بمحقق يشبه بلوغهما إليه عادة؛ فن قال لزوجه: أنت طالق يوم موت محمد طلقت فوراً.

٣ - تعليق الطلاق على زمن لا يصل إليه عمر الزوجين

ولو علق الطلاق على زمن لا يصل إليه عمر الزوجين عادة فلا يقع الطلاق. وكذلك لو كان يبلغه عمر أحدهما دون الآخر، قال عيسى عن ابن القاسم:

ومن طلق امرأته إلى مائة سنة ، أو إلى مائتي سنة فلا شيء عليه . وقال ابن الماجشون في المجموعة : إذا طلقها إلى وقت لا يبلغه عمرها ، أو لا يبلغه عمره ، أو لا يبلغانه لم يلزمه (١) .

٤ - تعليق الطلاق على أمر لا يقدر عليه :

ويقع الطلاق منجزاً لو علق طلاق زوجته على أمر غير مقدور له ؛ فن قال لزوجته : أنت طالق إن لم أمس السماء ، فعدم المس السماء مستقبلاً محقق ، وقد علق الطلاق عليه ، فينجز .

٥ - تعليق الطلاق على أمر محقق

ولو قال لزوجته : أنت طالق إن لم يكن هذا الحجر حجراً ، أو إذا لم يكن هذا الطائر طائراً ، فإن الطلاق يقع منجزاً .

وقال المالكية تعليلاً لذلك : إن قول الزوج : إن لم يكن هذا الحجر حجراً ، أو هذا الطائر طائراً ، أو إن لم يكن هذا الإنسان إنساناً يعد ندماً بعد الوقوع ؛ لأنه لما وقع عليه الطلاق ندم ، فأحب أن يرفع ذلك بالشرط ، لكن لو قدم الشرط وأخر الجزاء بأن قال : إن لم يكن هذا الحجر حجراً فأنت طالق ، لم يلزمه طلاق ؛ لأنه علق الطلاق على انتفاء الحجرية عن الحجر وهي لا تنتفي ، فلا يقع طلاق لعدم حصول المعلق عليه . ولو قال : إن كان هذا الحجر حجراً فأنت طالق ، فيقع الطلاق منجزاً ، قدم الجزاء أو أخره .

٦ - تعليق الطلاق بما لا صبر عنه

ولو علق الطلاق بما لا صبر عنه : لوجوبه عادة كان قت ، أو قعدت ،

أو أكلت أنت ، أو أنا ، أو فلان . فانت طالق ، وأطلق ، أو قيد بمدة يعسر فيها ترك القيام مثلا ، وقع الطلاق منجزا .

٧ - التعليق على أمر غالب الوقوع

وكذلك يقع الطلاق منجزا لو علقه على أمر يغلب وقوعه ، فمن قال لزوجته : إن حضت ، فانت طالق ، وكانت ممن تحيض أو يتوقع حيضها ، كصغيرة لا آيسة وقع الطلاق منجزا تنزيلا للغالب منزلة الأمر المحقق .

٨ - تعليق الطلاق على محتمل واجب

ويقع الطلاق منجزا لو علق الطلاق على أمر محتمل وقوعه وعدمه ، لكنه واجب كإن صلبت فانت طالق ، أو إن صلى فلان فانت طالق ، لكن في هذا ، الحالة يتوقف التنجيز على حكم الحاكم . والظاهر أن الطلاق يقع . ولو كان المعلق وقوع الطلاق على صلاته من التاركين للصلاة ، أو كافرا ، تنزيلا لوجوبها منزلة وقوعها^(١) .

٩ - تعليق الطلاق بما لا يعلم حالا

وقال المالكية ، أيضا ، بوقوع الطلاق منجزا إذا ما علق بأمر لا يعلم حالا ، ويعلم مآلا ؛ فمن قال لزوجته ، ظاهرة الحمل : إن كان في بطنك غلام ، أو إن لم يكن في بطنك غلام ؛ فانت طالق وقع طلاقه حالا ، دون الانتظار حتى يظهر ما في بطنها ، وعلل المالكية لوقوع الطلاق على الفور بقولهم : إن الطلاق يقع ، للشك في اليمين في الحال ؛ هل هي لازمة ، أولا ؛ فالبقاء معها بقاء على فرج مشكوك فيه^(٢) .

١٠ - التعليق على مشيئة من لا تعرف مشيئته

ولو عاق رجل طلاق زوجته على مشيئة لا يمكن اطلاعا عليها

(١) المدسوق على المرح الكبير ٧٠ ٣٩١ .

(٢) المصدر السابق .

لا في الحال ، ولا في المآل ، كتعليقه الطلاق على مشيئة الله بقوله : وأنت طالق إن شاء الله ، أو تعليقه الطلاق على مشيئة الملائكة أو الجن كقوله : وأنت طالق إن شئت الملائكة أو الجن ، ؛ فإن الطلاق المعلق في هذه الحالات يقع منجزاً ؛ لأن المشيئة لا تقع في غير اليقين بالله ، كما يقع الطلاق في الحال إذا علقه على فعل وصرف المشيئة إلى الفعل نفسه كقوله (١) : وأنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله ، وصرف المشيئة للدخول ، أي إن دخلت بمشيئة الله ؛ فإن وجد الدخول في الدار ، فيرى ابن القاسم وقوع الطلاق لحصول المعلق عليه ؛ لأن الشرط معلق بمحقق ، فإن كل شيء بمشيئة الله تعالى ، والاستثناء لاغ .

رأى آخر

ويرى أشهب وابن الماجشون أن الطلاق لا يقع في حالة صرف المشيئة للمعلق عليه في مثل وأنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله ، حتى ولو فعلت المعلق عليه ، وهو دخول الدار .

لزوم الطلاق

ولا خلاف في لزوم الطلاق في حالة قول الرجل لزوجته : وأنت دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله ، وصرف المشيئة للمعلق وهو الطلاق ، أو لم تكن له نية ، فيلزم الطلاق اتفاقاً ، حيث حصل المعلق عليه (٢) .

١١ - تعليق الطلاق على فعل محرم

وقال المالكية بوقوع الطلاق حالاً إذا علق على فعل محرم إلا أن يتحقق منه فعل المحرم قبل التنجيز ؛ فمن قال لزوجته : أنت طالق إن لم أزن ، أو إن

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر الدسوقي على الصرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٢ ، مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٧٦ والتاج والأكلیل اللواتي على هامش مواهب الجليل ج ٤ ص ٧٦ .

لم أشرب الخمر ، وقع الطلاق في الحال ، ولا يمكن من فعل الحرام لكن
 يتجزأ عليه في هذه الحالك أو جماعة المسلمين . ولا يقع عليه طلاق قبل الحكم
 من الحاكم . لكن إذا تحقق منه فعل المحرم قبل التنجيز فتحل بينه ،
 ولا يطلق عليه . وقال صاحب مواهب الجليل : والظاهر أنه لا يبر بمقدمات
 الجماع (١) .

تعليق الطلاق على موت إنسان

المنصوص عليه في المذهب فيمن علق الطلاق على موت إنسان فيقول :
 « امرأتى طالق ، إذا مات فلان ، أو يموت فلان ، قال ابن رشد : يعجل عليه
 « الطلاق ؛ لأنه لا بد أن يكون ، بخلاف ما إذا قال : امرأتى طالق يوم يحى »
 أبي فلا خلاف في أنه يبقى مع زوجته ، فإن جاء أبوه طلق عليه .

تعليق الطلاق على شيء لا يعلم حالا ولا مآلا

قال ابن الحاجب : وإن علق الرجل طلاق زوجته على ما لا يعلم حالا
 ومآلا ، طلق . وقال ابن عرفة : هذا كقول ابن رشد في مسألة : الشك منه
 ما يتفق على جبره على الطلاق كقوله : امرأته طالق إن كان أمس كذا
 وكذا . لشيء يمكن أن يكون ، وألا يكون ولا طريق لاستعماله . وقال
 العلامة خليل : « ودين إن أمكن حالا وادعاه ، وشرح هذا القول صاحب
 التناج والأكليل بقوله : سمع يحيى بن القاسم من قال : امرأته طالق إن
 لم يكن فلان يعرف الحق ، لحق يدعيه ، فقال المدعى عليه : امرأته
 طالق إن كان يعرف له . . . بنا جميعا ، ولا حث على واحد منهما .
 ابن رشد مثله في الإيمان بالصحة المدونة . . . لكن هل يختلفان على
 ما ادعياه أم لا ؟ رأى في المذهب لا يشترط . . . ورأى آخر روى
 عن ابن القاسم أنهما يختلفان - ورأى لابن . . . إن أتيا مستفتين

(١) أنظر التسوق على الفرح الكبير ج ٢ ص ٣٩٢ ، ومواهب . . . مطالب ج ٤ ص ٧٦
 والتناج والأكليل للرواق على هاتين مواهب الجليل ج ٤ ص ٧٦ .

فلا وجه لليمين. وإلى الرأي الأخير أشار كثير من شراح متن خليل فقالوا : ولو علق الرجل طلاق زوجته على شيء لا يعلم حالا ، ولا مآلا ينجز عليه الطلاق بمجرد يمينه ، ويحلف في القضاء دون الفتوى، إن أمكن الاطلاع عليه حالا ، وكان بحيث لا تحيله العادة ، وذلك كمن حلف أنه رأى الهلال ليلة الثلاثين والسماء مطبقة بالغيم (١).

ثانياً - حالات لا يقع فيها الطلاق المعلق

١ - تعليق الطلاق على فعل مستقبل ممنوع عقلا

إذا علق الطلاق بمستقبل ممنوع عقلا في صيغة بر كان يقول لامرأته : أنت طالق إن جمعت بين الضدين فلا يقع الطلاق لا حالا ، ولا مآلا

٢ - تعليق الطلاق بمستقبل ممنوع عادة

كذلك لا يقع الطلاق المعلق بمستقبل ممنوع عادة وكانت الصيغة صيغة بر كقول الرجل لامرأته : إن لمست السماء فأنت طالق ، أو إن حمات الجبل فأنت طالق .

٣ - تعليق الطلاق بمستقبل ممنوع شرعاً

وكذلك لا يقع الطلاق بمستقبل ممنوع شرعاً وكانت الصيغة صيغة بر كقول الرجل لامرأته : إن زيت فأنت طالق ، فقد علق الطلاق على الزنا في المستقبل وهو ممنوع شرعاً .

تعليق فقهاء المالكية للحالات السابقة

قال فقهاء المالكية معلمان عدم وقوع الطلاق في الحالات الثلاث السابقة إن الرجل علق طلاق زوجته على شرط ممنوع وجوده ، ويلزم من عدم الشرط عدم المشروط .

(١) انظر التاج والأكمال للوقاق على حاشية مواهب الجليل للناصب ج ٤ ص ٧٦ -
والدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٩٢ وفتح الجليل للشيخ محمد عابدين ج ٢ ص ٣١٢ باب
تعليق الطلاق .

صيغة الحنث يقع فيها الطلاق

وقال المالكية لو أن الرجل علق طلاق زوجته بمستقبل تمتع عقلا وعادة وشرعا ، وكانت الصيغة صيغة حنث بأن قال : إن لم أجمع بين وجودك وعدمك ، أو بين الضدين فأنت طالق ، أو أن لم أمس السماء فأنت طالق ، فإن الطلاق ينجز عليه (١) .

٤ - تعليق الطلاق على مشيئة لم تعلم

قال المالكية : إذا علق الرجل طلاق زوجته بمشيئة من كان شأنه أن تعلم مشيئته وهو الأدبى بأن قال أنت طالق إن شاء زيد ، فمات زيد ، ولم تعلم مشيئته سواء شاء شيئا ولم تعلم حقيقته ، أو لم يشأ شيئا ، أو علق طلاق زوجته بمشيئة رجل يعتقد أنه على قيد الحياة وقت التعليق لكنه في الواقع كان ميتا ولم يعلم الخالف بموته . أما لو كان عالما بموته وقت التعليق ففي المذهب رأيان ، أرجحهما أن الطلاق لا يقع . والثاني ما قاله اللخمي من تنجز الطلاق عليه في هذه الحالة (٢) .

(٢، ١) - الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٩٤ . وانظر مواهب الجليل للمصاب ج ١ ص ٢٦ والتاج والأكيل للواق على هامش مواهب الجليل ذات الجزء والصفحة .
اليمين المنقذة وهي اليمين المنقذة لتتبع إلى نوعين هما

١ - صيغة حنث

٢ - صيغة بر

فصيحة الحنث : وهي التي يكون الخالف فيها على حنث حتى يفعل المخلوف عليه - كقول لسان : والله لا أضرب محمدا ، أو إن لم أضرب محمدا يترقى كذا في هذه الحالات لم يذكر أجلا والترمذ يقول فهو على حنث حتى يفعل المخلوف عليه ، وإبرأ فنته
وصيغة البر : وهي التي يكون فيها الخالف على البراءة الأصلية ، حتى يفعل المخلوف عليه ، فيضت لأن فسله مثل لا أكل لحما ، فإن أكل اللحم حنث . أو أن فمات كذا يترقى كذا .
جاء في الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ١٣١ ، ١٣٢ باب الإيذان ما يأتي : . والمنقذة على بر بأن فمات ، ولا فمات ، والمعنى فيها لا أفضل كذا ؛ لأن الكفارة لا تتعلق بالمضى ، وإنما كانت منقذة على بر ؛ لأن الخالف بها على البراءة الأصلية حتى يفعل المخلوف عليه . . .
وقال أيضا : « أو حنث بلاثمان ، وإن لم أفضل إن لم يؤجل » . وسبقت بين حنث لأن الخالف على حنث حتى يفعل المخلوف عليه .

٥ - تعليق الطلاق على محال

قال ابن عرفة : لو علق الطلاق على محال ، كان شاء هذا الحجر في المدونة : إن قال لها : أنت طالق إن شاء هذا الحجر أو هذا الحائط فلا شيء عليه في ذلك — قال صاحب مواهب الجليل قال الرجرجاني : وإن علقه بمشيئة ما لا تصح مشيئته كالجنادات وغيرها من الحيوانات مثل أن يقول : أنت طالق إن شاء هذا الحجر أو إن شاء هذا الحمار ؛ هل يلزم الطلاق أم لا ؟ فالذهب على قولين ؛ أحدهما أنه لا شيء عليه وهو قول ابن القاسم في المدونة . والثاني ، وهو قول ابن القاسم في النوادر وبه قال سحنون^(١) وقال صاحب التاج والإكليل : وإذا لم تعلم مشيئة المعلق بمشيئته من المدونة قال ابن القاسم : من قال لزوجه أنت طالق إن شاء فلان ؛ فذلك له ، لأنه ممن يوصل إلى علم مشيئته ، وينظر ما يشاء . فلان ، فإن مات قبل أن يشاء ، وقد علم بذلك ، أو لم يعلم ، أو كان ميتاً فلا تطلق عليه : ابن يونس لأنه لم يشأ إذا مات قبل أن يشاء قال ابن القاسم وكذلك إذا قال : أنت طالق إن شاء هذا الحجر والحائط فلا شيء عليه . ابن يونس ؛ لأن هذه الأشياء ليس لها مشيئة فيطلقها بها^(٢) .

تعليق الطلاق على غالب الوجود

اختلف قول مالك إذا عاق الطلاق على شيء الغالب فيه أن يوجد كان يقول : امرأتى طالق إن حاضت فلانة ، وهي في سن من تحيض . فقد قال ابن القاسم : إنه يعجل عليه الطلاق^(٣) وقال ابن عرفة . المعلق على غالب الوجود ، كالحيض ، المشهور تعجيل الطلاق . وقال ابن يونس فيمن قال لامرأته : إن حضت فأنت طالق ، وقد قعدت عن الحيض لم تطلق إلا أن تحيض ، وقال اللخمي : إذا كانت المرأة يائسة ممن لم تر الحيض . لم يعجل الطلاق على حال

(١) مواهب الجليل للطحاوي ج ٤ ص ٧٦ — وانظر التاج والأكليل للواق على هامش

مواهب الجليل ذات الجزء والمقدمة .

(٢) التاج والإكليل للواق ج ٤ ص ٥٣ . ومواهب الجليل ج ٤ ص ٧٠ .

وقال ابن عبد السلام: إن البائسة والصغيرة يقول لهما، أو لأحدهما: إذا حضت، فلا خلاف أنها لا تطلق عليه حتى ترى دم الحيض .

٦ - تعليق الطلاق على أجل لا يبلغه عمرها

ولو علق طلاقها على أجل لا يبلغه عمرها ، أو أحدهما، غالباً ، فإنه لا يقع الطلاق المعلق لا حالا ولا مآلاً ، ولو انخرمت العادة وعاشا إلى الأجل المعلق عليه . والمعتبر العمر الشرعي، وقال في التوضيح: قال في البيان: والمعتبر الأعمار التي يعمر إليها المفقود، على الاختلاف بينهم في ذلك .

٧ - إضافة الطلاق إلى زمن الصبا والجنون :

ولو قال الرجل لزوجته: طلقتك وأنا صبي ، أو مجنون ، فلا شيء عليه إن كانت في عصمته وهو صبي، أو مجنون ، وعلم تقدم جنونه ، وأتى بلفظ ما ذكر نسفاً ، ولا حنث ؛ لأنه يعد قوله : وأنا صبي أو مجنون ندما منه على وقوع الطلاق . ويرى ابن ناجي أن الحكم كذلك فيما لو قال الرجل لزوجته: طلقتك في منامي ، أو قبل أن تولدني^(١) .

٨ - إضافة الطلاق إلى موته أو موت زوجته

ولو قال لها : أنت طالق إذا مت أنا ، أو إذا متي أنت، أو إن مت أنا أو إن متي أنت، فلا شيء عليه ، إذ لا طلاق بعد تحقق الموت ، بخلاف يوم موتي ؛ لأن يوم الموت يصدق بأوله قبل حصول الموت ، لكنه لو قصد بأن، أو إذا، نفي الموت إما مطلقاً ، أو من مرض خاص، فإنه يحنث ؛ لأن العبارة أصبحت بمثابة قوله : أنت طالق لا أموت أو لا تموتين. وهذه صيغة بر، في معنى : أنت طالق إن مت، أي مطلقاً ، أو من هذا المرض فهو في الأول علق الطلاق على أمر محقق ؛ لأن الموت واجب عادي ، وفي الثاني علقه على أمر غير معلوم حالا^(١) .

(٢٠١) الدرر على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٩٥ - وانظر مواهب الجليل للعلامة ج ٢ ص ٧٧ وراجع ما كتبه تعليقا وبيانا ليمين البر في ص ٥١٦ السابقة من هذا الكتاب .

الولاية على المحل

تعليق الطلاق على الزواج

من المتفق عليه أن الطلاق لا يقع إلا إذا صادف محلا مملوكا للزوج، وكان الطلاق صادرا من يملكه . ولكن إذا علق الرجل طلاق امرأة على زواجه بها ثم تزوجها قبل هذا التعليق أثر؟ في المذهب رأيان هما :

الرواية المشهورة

روى عن مالك أنه قال بصحة تعليق الطلاق على الزواج من أجنبية عن المعلق حال التعليق، وأنه إذا تزوجها وقع الطلاق عقب الزواج مباشرة، وأنه يستوى في هذا أن يكون التعليق صريحا ، أو بالنية ، أو يدل عليه بساط . وهذا الرأي هو قول مالك الذي رجع إليه . وقد وافق به رأى أبي حنيفة وخالف رأى الشافعي رضى الله تعالى عنهم . فمن قال لأجنبية عنه : إن تزوجتك فأنت طالق ، أو قال خاطب الأجنبية، حال خطبتها، وهي حاضرة معه، لخلاف نشأ بينه وبين أبيها : أنت طالق، أو قال لأجنبية : إن دخلت أدار فأنت طالق ونوى أن ذلك يكون بعد نكاحها^(١)، ثم تزوجها وقع الطلاق عقب الزواج .

رأى آخر

ورى ابن وهب والخزومي لاشئ عليه . فلا يقع الطلاق المعلق وقد أتى بذلك ابن القاسم صاحب الشرطة . وقال ابن رشد : وذلك صحيح على أصولهم في مراعاة الخلاف؛ لأن الخلاف فيه قوى مشهور^(٢) وقد استدلت لهذا القول بأحاديث كثيرة إلا أنها معلولة عند المحدثين . ومنهم من صحح بعضها ومنها

(١) منح الجليل على مختصر خليل للعلامة الشيخ محمد عيسى ٢٠ ص ١٣٤ .

(٢) الناج والأكيل على هامش مواهب الجليل على مختصر خليل ٤٠ ص ٤٨ واظهر منح

الجليل على مختصر خليل للشيخ عيسى ٢٠ ص ١٣٦ ، ١٣٧ .

قوله عليه السلام : « لا طلاق إلا من بعد نكاح » ، وروى : « لا طلاق قبل نكاح » ، وروى : « لا طلاق فيما لا تملك » ، وروى : « لا طلاق إلا فيما تملك » ، ولاعتق إلا فيما تملك » ، ولا بيع إلا فيما تملك » ، ولا وفاة إلا فيما تملك » ؛ وقال البخارى : هذا أصح شيء في الطلاق قبل النكاح .

انحلال العيّن

تنحل العيّن في تعليق الطلاق على شيء بوجود المعلق عليه وبشرط أن يكون ذلك في حال وجود المرأة في عصمة زوجها فمن قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت الدار ، طلقت ، وانحلت العيّن ؛ لأن أداة التعليق هنا لا تقيد التكرار .

قال القرآنى في آخر الفرق الثانى والثلاثين بعد المائة : « وإذا قال إن دخلت الدار فبعد من عبيدى حر ، أو امرأته طالق ، فخالف ودخل ، عتق عبد من عبيده ، وطلقت امرأته طلقاً واحدة ، فإن عاد وخالف مقضى التعليق لم يلزمه عتق عبد آخر ، ولا طلقه أخرى . ثم قال : ومثل ذلك إذا حلف بالطلاق لا أكلم زيداً فخالف امرأته ، وهم وكلم زيداً لم يلزمه بهذا الكلام طلاق . فلو رد امرأته وكلبه حنت عند مالك رحمه الله . وفى رسم شك من سمع ابن القاسم من الأيمان بالطلاق ، وسئل مالك عن رجل يحلف بطلاق امرأته ألبتة إن خرجت إلى بيت أهلها إلا يأذنه إن لم يضربها ، فخرجت مرة فضربها ، هل ترى عليه شيئاً إن هي خرجت قال : لا ، إلا أن يكون نوى ذلك .

ملك المحل بعد زواجها بآخر

لو قال رجل لامرأته : متى حلت حرمت بعد أن طلقها ثلاثاً ؛ ثم تزوجت بآخر ، وفارقها ، وأراد الأول أن يتزوجها فهل يلزمه شيء لو فعل ؟ سئل أبو القاسم بن سراج فى ذلك فأجاب : بأن أن يراجعها . وعلق على

ذلك صاحب مواهب الجليل فقال : والظاهر أنه يفصل في ذلك ؟ فإن أراد بقوله : متى حلت حرمت ، أنها إذا حلت له بعد زواجها زوجها غيره ، فهي حرام عليه ، وأن تزويجها لا يحلها ، فلا يلزمه شيء . كما قال المفتي . وإن أراد أنها إذا حلت له بعد زوج فإن تزويجها فهي حرام ، فيلزمه التحريم فيها ويفصل فيه بين إن ، وكلما ، ومتى . ويأتي الكلام الذي في هذه الحروف . والمتبادر من اللفظ هو المعنى الأول ؛ هو أن الخالف لما طلقها ثلاثا وحرمت عليه ، وكانت حرمة نكاحها ترتفع بزواجها ، أراد أن يبطل ذلك ، وأنه إذا حل زواجها له بعد زوج تصير عليه حراما كما كانت . هذا هو الظاهر من اللفظ . وإذا كان كذلك فلا يلزمه شيء ؛ لأنه بمنزلة من حرم تزويج امرأته على نفسه فانها تحرم عليه . وقد ذكر ابن سهل مسألة تشبه هذه أو هي أقوى من هذه ، قال عنه وكتبت إليهم فيمن قال لزوجته : أنت طالق ثلاثا فتزوجها بعد زوج ، فكتب إليه ابن عتاب : لا تحرم عليه الأبد ، وله نكاحها بعد زوج إن شاء الله تعالى ، إلا أن يكون أراد بقوله أو بعد زوج إن تزوجها بعد زوج ، فهو طالق ثلاثا ، فإن أراد هذا ، أو عقد عليها حلقه ، فلا سبيل له إليها والله الموفق للصواب .

وقال ابن القطان : متى طلقت عليه البتة ، فلا تحرم عليه إن تزوجها بعد زوج . وله ذلك إن شاء الله تعالى . وجواب ابن مالك : الظاهر أن فيه تقدما أو تأخيرا ، وصوابه إذا طلقت عليه ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج ، والله أعلم . وجواب ابن عتاب أنهم من جوابها (١) .

حالف الزوج لا يرد مطلقة

سئل المازري عن طلق زوجته ثلاثا والتزم عدم ردها بعد زوج ، ولا تكون له زوجة ما دامت الدنيا . فأجاب : إن قال . لا أردنا قولنا مجردا

من غير تعليق ما يوجب تحرهما ، ولا فهمته البينة عنه ، وليس في سياق كلامه وقرائن أحواله ما يدل على ما ذكرناه . فلا تحرم عليه .

مضى ما تزوجتها فهي طالق ثلاثا وهي على حرام

وسئل المازري أيضاً عن كلف في تزويج بعض قرابته ، ثم بلغه عن أبيها قبيح فقال : متى ما تزوجتها فهي طالق ثلاثا . وأردف وهي عليه حرام ، فما يلزمه من ذلك ؟ وهل تحل له بعد زوج أم لا . ؟ فأجاب : متى تزوجها طلقت عليه . ثم إن تزوجها بعد زوج نظري قوله متى ما ، فإن أراد كل ما تزوجها ، تكرار عليه الحث . وإن أراد مرة واحدة فلا يتكرر .

لو صدر تعليق الطلاق من عوام الناس

نقل عن الشيخ أبو محمد الشيباني أنه حكى بسنده عن ابن قدامح الإفناء بعدم لزوم التحريم فيمن طلق زوجته ثلاثا ، ثم وقعت بينهما خصومة فقال : هي على حرام وأراد أن يتزوجها بعد زواجها من زوج ثان ، وطلاقاً منه ، وسند هذه الفتوى : أن العامة لا تعرف التعليق ، ولا تقصده ويقول صاحب مواهب الجليل (١) في هذا الموضوع أيضاً : « وحكاه شيخنا الإمام عن شيخنا الفقيه القاضي أبي حنيفة ، وكان أولاً يختار الزوم وهو الذي حكاه في مختصره ، ويقول : العامة تقصد التعليق ، ولكن لا تعرف أن تكني عنه . ثم شهادته رجع إلى الفتوى بهذا في وسط عمره وآخره ، ورأيت بخطه كذلك بعد أن حكى فيه ما تقدم ، وقال : إن أخذ السائل بالرخصة لم أعبه . وسلك الآن أتباعه من بعده . انتهى (١) » .

أنت على حرام في الدنيا والآخرة

وسئل الفقيه أبو علي القوري ، فيمن قال لامرأته : أنت حرام على في

(١) انظر مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ٤ ص ٥٢ وفتح الجليل على مختصر خليل ج ٢ ص ١٣٥ والدسوقي على الترح الكبير ج ٢ ص ٣٩٢ .

الدنيا والآخرة . هل تحرم عليه أبدا ولو بعد زوج آخر ؟ فأجاب : إن له نكاحها بعد زوج^(١) .

القرينة توضح القصد

سئل ابن سراج في رجل قصد غشيان زوجته ، فلم تطاوعه فقال لها في الحين : هي حرام علي في هذه الساعة . وخرج عن السرير حيث كان معها مضطجعا ، فما يجب عليه في قوله هذا ؟ فأجاب : الحمد لله ، ذكر موصله أنه الخائف ، وأنه لم ينو بقوله : هي عليه حرام طلاقا ، ولا تحريما . وإنما أراد الامتناع منها في الحال . والجواب :- أنه لا يلزمه لعدم النية على الصحيح^(٢) .

كل امرأة يتزوجها عليها طالق

في المدونة : إن من قال لزوجته : كل امرأة أنزوج عليك طالق ، ثم طلق المحلوف لها ، واحدة . فأنقضت عدتها ، ثم تزوجها ثم تزوج عليها أجنبية ، أو تزوج الأجنبية ، ثم تزوجها هي عليها . فإن الأجنبية تطلق في الوجهين ، ما بقي من طلاق الملك الأول شيء ، ولا حجة له إن قال : إنما تزوجتها على غير ما . ولم أنكح غيرها عليها . ولا أنويه . وإن ادعى نية لأن قصده ألا يجمع بينهما ؛ لأن البين على نية المحلوف لها أما لو قال : كل امرأة أنزوجها ما عاشت فلانة طالق . لزمه الطلاق سواء كانت فلانة تحته أم لا . فإن كانت تحته فطلقها فإن نوى بقوله : ما عاشت أي ما دامت تحتي فله نية . فإن لم تكن له نية لم يتزوج ما بقيت إلا أن يخشى العنت .

عدد الطلاقات وهن بصفة الزوج

للحر ثلاث طلاقات وللعبد طلقتان . فلو علق عبد الثلاث على الدخول بأن قال لزوجته : أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار ، ثم علق فدخلت الدار^(٣) طلقت ثلاثا . ولو قال اثنتين بقيت واحدة . ولو طلق واحدة .

(١) (٣/٢٢١) انظر مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ١ ص ٥٢ وفتح الجليل على مختصر خليل

ج ٢ ص ١٣٥ والرد على الصرح الكبير ج ٢ ص ٢٩٢ .

ثم عتق بقيت واحدة ؛ لأنه طاق النصف . قال في المدونة : كثر طلق طلقة ونصف طلقة .

المذهب الحنبلي

إضافة الطلاق إلى زمن ووصف

جعل الزمن ظرفاً للطلاق

قال الحنابلة : إذا جعل الزوج طلاق زوجته في زمن معين وقع الطلاق في أول جزء منه وفرعوا على ذلك فقالوا : إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق في رمضان مثلاً ، وقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى منه ، وذلك حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذي قبله وهو شهر شعبان . وقال الحنابلة تعليلاً لما تقدم : إن الرجل جعل الشهر ظرفاً للطلاق ، فإذا وجد ما يكون ظرفاً له طلقت كما لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق ، فإذا دخلت أول جزء منها طلقت ^(١) .

عدم وقوع الطلاق قبل وجود الزمن أو الصفة

وقال الحنابلة : إذا أوقع الرجل الطلاق في زمن ، أو علقه بصفة تعلق بها ، ولم يقع حتى تأتي الصفة والزمن وهم بذلك القول يوافقون الأحناف ، والشافعية . أما المالكية فقد سبق أن أبنا أن رأيهم هو وقوع الطلاق منجزاً إذا ما علق بصفة تأتي لا محالة وأنهم قالوا : إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق إذا دخل رمضان يقع الطلاق في الحال ؛ لأن النكاح لا يكون مؤقّتا بزمان فالنكاح المؤقت باطل .

دليل الحنابلة

قال الحنابلة : إن الطلاق المضاف إلى زمن معين ، أو إلى صفة تحدث

في زمن معين هو تعليق للطلاق على أمر لم يوجد إلا عند ما علق عليه، والطلاق إزالة للملك وإزالة الملك يصح تعليقه بالصفات، فحق علقه الزوج بصفة لم يقع قبلها كالتعلق . كذلك احتج الحنابلة بما روى عن ابن عباس أنه كان يقول في الرجل يقول لامرأته : أنت طالق إلى رأس السنة ، قال : بطلاً فيما بينه ، وبين رأس السنة . كما احتجوا بقول أبي ذر : د إن لي إبلا برعاعا عبد لي وهو عتيق إلى الحول ،

رد اعتراض

وقد رد الحنابلة ما أثاره المالكية من أن القول بوقوع الطلاق عند وجود الزمن المعلق عليه يلزم منه توقيت نكاح المرأة المعلق طلاقها على وجود الزمن . والنكاح المؤقت باطل ؛ فقالوا : إن الرجل إذا أوقع الطلاق في زمن ليس هذا توقيتا للنكاح ، وإنما هو توقيت للطلاق . وهذا لا يمنع ؛ كما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقا بشرط . والصفة لا يبرز فيه التعليق .
أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا

وقال الحنابلة بوقوع الطلاق عند حلول أول الوقت المعلق عليه الطلاق فيما لو قال الرجل لامرأته : أنت طالق إلى شهر كذا ، أو سنة كذا . وخالفهم في هذه الحالة أبو حنيفة فقال بوقوع الطلاق في الحال ؛ لأن قول الرجل لزوجته : وأنت طالق ، إيقاع في الحال . وقوله إلى شهر كذا تأقيت له ، وغاية . والطلاق لا يقبل التأقيت فبطل التأقيت ووقع الطلاق .

رد الحنابلة شبه الأحناف :

قال الحنابلة : إن قول الرجل لزوجته : أنت طالق إلى شهر كذا ، أو سنة كذا ، كما يحتمل أن يكن توقيتا للطلاق وغاية ، يحتمل كذلك أن يكون توقيتا لإيقاع الطلاق كقول الرجل : أنا خارج إلى سنة أي بعد سنة ، وإذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك . بل إن احتمال كون قوله :

« إلى سنة ، أو إلى شهر ، انه توقيت لإيقاع الطلاق يرجع : لأمرين :
 أحدهما : انه جمل للطلاق غاية ، ولا غاية لآخره ، وإنما الغاية لأوله .
 والثاني - أن حمل هذا القول على أنه توقيت لإيقاع الطلاق هو عمل
 باليقين لا يزول إلا بيقين مثله . وقال الحنابلة : إن ابن عباس وأباذر قالا
 بما يستفاد منه ترجيح عدم وقوع الطلاق في مثل هذه الحالة ؛ فقد روى أن
 ابن عباس كان يقول في الرجل يقول لأمرأته : أنت طالق إلى رأس السنة :
 أنه له إن يطأ زوجته هذه فيما بين قوله هذا وبين رأس السنة - وروى
 عن أبي ذر أنه قال : « إن لي إبلا يرعاها عبد لي وهو عتيق إلى الحول ،
 ولم يقل أحد من المخالفين بأنه يعتق قورا في هذه الحالة فكذلك الطلاق .

الزمن بالتقويم القمري ويبدأ من وقت الحلف

وقال الحنابلة : إذا قال الرجل لزوجته : إذا مضت سنة فأنت طالق ،
 أو أنت طالق إلى سنة ، فإن ابتداء السنة من حين حلف إلى تمام اثني عشر
 شهرا بالأهلة ؛ لقوله تعالى . (يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس
 والحج) ؛ فإن حلف في أول الشهر ، فإذا مضى اثنا عشر شهرا وقع طلاقه ،
 وإن حلف في أثناء شهر عددت ما بقي منه ثم حسبت بعد بالأهلة ، فإذا
 مضت أحد عشر شهرا نظرت ما بقي من الشهر الأول فمكملته ثلاثين يوما ؛
 لأن الشهر اسم لما بين هلالين ؛ فإن تفرق كان ثلاثين يوما . ووجهه : أنه
 أمكن استيفاء أحد عشر شهرا بالأهلة فوجب الاعتبار بها . كما لو كانت عينته
 في أول الشهر .

رأى آخر

وفي المذهب رأى بأن تعتبر الشهور كلها بالعدد . نص عليه أحمد فيمن
 نذر صيام شهرين متتابعين فاعتبر الأيام : قال يَصُومُ سِتِينَ يَوْمًا ، وإن
 ابتداء من شهرين متتابعين ؛ فكانا ثمانية وعشرين يوما أجزأه ؛ وذلك لأن

لما صام نصف شهر وجب تكيله من ادى يله ، فكان ابتداء الثاني من نصفه ، فوجب أن يكمله بالعدد ، وهذا المعنى موجود في السنة .

تعليق الطلاق على رؤيته الهلال

ولو قال لزوجه : أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان فيرى الحنابلة ، كما يرى الشافعية . وقوع الطلاق برؤية الناس للهلال أول الشهر كما يرى الحنابلة ووقوع الطلاق أيضا إذاكمل الشهر بتمام العدد ولو لم ير الهلال أحد . وقال أبو حنيفة بوقوع الطلاق برؤيته هو فقط لا برؤية أحد للهلال غيره ؛ لأنه علق الطلاق برؤية نفسه ، فأشبهه ما لو علقه على رؤية شخص معين كعلي أو محمد مثلا .

تعليق الحنابلة

وعلى الحنابلة لأبيهم فقالوا : إن رؤية الهلال في عرف الشرع معناها العلم به في أول الشهر ، بدليل قوله عليه السلام : « إذا رأيتم الهلال فصرموا ، وإذا رأيتموه فأفطروا » والمراد به رؤية البعض وحصول العلم . فانصرف لفظ الحالف إلى عرف الشرع ، كما لو قال : إذا صليت فأنت طالق . فإنه ينصرف إلى الصلاة الشرعية ، لا إلى الدعاء . وكذلك يقع الطلاق بتمام الشهر بالعدد ولو لم ير الهلال أحد ؛ لأنه قد علم بتمام العدد ، وإن قال أردت إذا رأيته بعيني قبل ؛ لأنها رؤية حقيقية .

رد شبه الحنفية

وقال الحنابلة : إن تعليق الزوج الطلاق على رؤيته هو للهلال لا يقاس على تعليق الطلاق برؤية شخص معين له فإن رؤية محمد ، أو علي ، للهلال لم يثبت له عرف شرعي يخالف الحقيقة بخلاف مسألتنا .

إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل مقيد بشرط

إذا قال الرجل لزوجه : أنت طالق غدا إذا قدم زيد فيرى الحنابلة

أن المرأة لا تطلق حتى يقدم ، لأن إذا اسم زمن مستقبل فعناه أنت طالق غدا ، وقت قدوم زيد فإن لم يقدم زيد في غدا لم تطلق ، وإن قدم بعده ؛ لأنه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد . وإن ماتت غدوة وقدم زيد بعد موتها لم تطلق ؛ لأن الوقت الذي أوقع فيه طلاقها لم يأت وهي محل للطلاق فلم يطلق . كالو ماتت قبل دخول ذلك اليوم .

النية تحدد المراد

وقال الحنابلة : لو قال الرجل لزوجته أنت طالق يوم يقدم زيد . فقدم ليلا لم تطلق ؛ لأنه لم يوجد الشرط إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه ؛ لأن الوقت يسمى يوما قال تعالى (ومن يؤلم يومئذ دبره) .

تعليق الطلاق بمستحيل

١ - إذا علق الرجل طلاق زوجته على محال وجوده بأن قال : أنت طالق اليوم إذا جاء غد ففي المذهب قولان ؛

الأول - إلغاء الشرط ووقوع الطلاق في الحال . واختار هذا الرأي القاضي ؛ لأن الرجل علق الطلاق بشرط محال فلغا الشرط ووقع الطلاق ، كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ، ولا بدعة : أنت طالق السنة .

الثاني - عدم وقوع الطلاق ؛ لأنه طلاق معلق على شرط ، والشرط لم يتحقق ؛ لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غد في اليوم ، ولا يأتي غد إلا بعد فوات اليوم وذهاب محل الطلاق .

٢ - ولو قال الرجل ، أنت طالق أمس ، ولا نية له ، فظاهر كلام أحمد أن الطلاق لا يقع ، فروى عنه فيمن قال لزوجته : أنت طالق أمس ، وإنما تزوجها اليوم ، ليس بشيء . وهذا قول أبي بكر .

وجبة نظر أصحاب هذا الرأي

قال أصحاب هذا الرأي : إن الطلاق رفع الاستباحة ، ولا يمكن

رفعها في الزمن الماضي فلم يقع الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد يومين ، فقدم اليوم ، فانه باتفاق فقهاء المذهب لا يقع الطلاق فكذلك هذا . وأيضا هذا الطلاق في زمن ماض . ولأنه علق الطلاق بمستحيل ، فلغا ، كما لو قال : أنت طالق إن قلبت الحجر ذهباً . ومثل ذلك كله ما لو قال : أنت طالق قبل أن أتزوجك . لكن القاضي قال : رأيت بخط أبي بكر في جزء مفرد أنه قال : إذا قال أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت . ولو قال أنت طالق أمس لم يقع ؛ لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه ، وقبل تزويجها منصور الوجود . فإنه يمكن أن يتزوجها ثانياً ، وهذا الوقت قبله فوقع في الحال .

رأى آخر

قال القاضي في بعض كتبه فيمن قال لزوجته : أنت طالق أمس : إن الطلاق لم يقع ، كمن قال لمن لاسنة لها ولا بدعة : أنت طالق طلقة لا تلزمك .

تنبيه

١ - اتفق فقهاء الحنابلة على وقوع الطلاق في الحال ، فيما لو قال الرجل لزوجته : أنت طالق أمسك ، أو أنت طالق قبل أن أتزوجك ، وقصد إيقاع الطلاق في الحال مستنداً إلى ذلك الزمان .

٢ - لو قصد الأخبار بمبارته السابقة بأنه كان قد طلقها هو ، أو زوج قبله في ذلك الزمان الذي ذكره وكان قد وجد ذلك قبل منه هذا الادعاء . وإن لم يكن وجد وقع طلاقه . ذكره أبو الخطاب . وقال القاضي : يقبل مع ظاهر كلام أحمد ، لأنه فسر بما يحتمله ، ولم يشترط الوجود^(١) .

تعليق الطلاق بحرف يقتضي التكرار :

يختلف الحال بالنسبة لعبارة المطلق فيما إذا استعمل حرفاً يقتضي التكرار ويبان ذلك فيما يلي :

(١) المنق لا بن لقائمة الخليل ج ٧ ص ٣٦٤ مطبعة الامام تصحيح الدكتور محمد خليل هراس .

أولا - في المدخول بها

إذا قال الرجل لزوجته : « كلما طلقتك فأنت طالق » ثم قال لها بعد ذلك : « أنت طالق » أو قال لها : « إن دخلت الدار فأنت طالق » ، فدخلت الدار ، وقعت طلقتان وتوضيح ذلك ما يأتي :

العبارة الأولى :

حينما قال : « أنت طالق » بعد قوله لها : « كلما طلقتك فأنت طالق » وقع بقوله : « أنت طالق » طلقة واحدة ، ووقع بالصفة طلقة أخرى فكان المجموع طلقتين : إحداهما بالمباشرة والأخرى بالصفة « كلما طلقتك فأنت طالق » ولا تقع ثالثة ؛ لأن الطلقة الثانية ، لم تقع بإيقاعه ، بعد عقد الصفة ؛ لأن قوله : « كلما طلقتك » يقتضى : « كلما أوقعت عليك الطلاق » . وهذا يقتضى تجديد إيقاع الطلاق بعد هذا القول . وإنما وقعت الثانية بهذا القول .

العبارة الثانية :

وكذلك الحال في قوله « إن دخلت الدار ، فأنت طالق » ، بعد قوله لها أولا : « كلما طلقتك فأنت طالق » ، حيث تقع طلقة بدخولها الدار ، وأخرى بالصفة ؛ لأنه قد طلقها . ولم تقع الثالثة .

الحالة الثانية :

أما إذا قال الرجل لامرأته المدخول بها : « كلما أوقعت عليك طلاقاً » فأنت طالق ، فاشهور في المذهب أن هذه الحالة كالحالة الأولى ... حالة ما إذا قال لها : « كلما طلقتك فأنت طالق » .

ونسب إلى القاضي في هذه المسألة أنه قال : إذا وقع عليها طلاقه بصفة عقدها ، بعد قوله : « إذا أوقعت عليك طلاقاً فأنت طالق لم تطلق ؛ لأن ذلك ليس بإيقاع منه .

اعتراض على الرأى الثانى :

وقد اعترض على الرأى الأخير المنسوب للقاضى : بأن الرجل أوقع الطلاق على امرأته بشرط ، فإذا وجد الشرط فهو الموقع للطلاق عليها ، فلا فرق بين هذا ، وبين قوله : إذا طلقته ، فأنت طالق^(١) .

الحالة الثالثة :

أما إذا قال الرجل لامرأته المدخول بها : كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق ، ثم وقعت عليها طلقة بالمباشرة ، أو بصفة عقدها ، قبل ذلك أو بعده ، طلقت ثلاثاً . فلو قال لها : إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق ، ثم خرجت ، فقد وقعت عليها طلقة بالخروج ، ثم وقعت الثانية بوقوع الأولى ، ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية .

تعليق هذا الرأى :

قال الحنابلة : إن كلما ، تقتضى التكرار ، وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق ، فكيفما وقع يقتضى وقوع أخرى .

ثانياً - غير المدخول بها

ما تقدم كان فى المرأة المدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا واحدة فى جميع ما تقدم .

الحلف بالطلاق

ماهية الحلف :

اختلف الحنابلة فى الحلف بالطلاق... فمنهم من يرى أنه هو تعليق الطلاق على شرط ، أى شرط كان ، إلا ما استثنى . ومنهم من يحصره فى أمور معينة . وتفصيل ذلك فيما يلى :

(١) المتن لابن قدامة الحنفى ج ٧ ص ٣٦٦ .

الرأى الأول

نقل عن القاضى فى الجامع ، وأبو الخطاب : أن الخلف بالطلاق : هو تعليق على شرط ، أى شرط كان ، إلا قوله : إذا شئت فأنت طالق ونحوه ، فإنه تعليق ، وإذا حضت فأنت طالق . فإنه طلاق بدعة ، وإذا طهرت فأنت طالق ، فإنه طلاق سنة ؛ لأن ذلك يسمى حلقة عرفاً ، فيتعلق الحكم به . كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ؛ ولأن فى الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب ، فأشبه قوله : والله ، وباشه . وتالله .

الرأى الثانى :

الخلف بالطلاق هو تعليق الطلاق على شرط يمكن فعله وتركه
رأى ثالث :

ونقل عن القاضى فى المجرى رأى آخر يفيد أن الخلف بالطلاق هو تعليق على شرط يقصد به الحث على الفعل . أو المنع منه . كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق أو إن لم تدخل الدار فأنت طالق . أو الحث على تصديق غيره مثل قوله : أنت طالق لو قدم فلان ، أو إن لم يقدم . فأما التعليق على غير ذلك ، كقوله : أنت طالق ، إن طلعت الشمس ، أو قدم الحاج ، أو إن لم يقدم السلطان . فهو شرط محض ليس بخلف ؛ لأن حقيقة الخلف القسم ، وإنما سمى تعليق الطلاق على شرط حلقة تجوزاً ؛ لمشاركته الخلف فى المعنى المشهور وهو الحث ، أو المنع ، أو تأكيد الخبر نحو قوله : والله لأفعلن ، أو لأفعلن ، أو لقد فعلت ، أو لم أفعل . وما لم يوجد فيه هذا المعنى لا يصح تسميته حلقة . وتقرئها على ما تقدم لو قال الرجل لأ زوجته : إذا خلعت بطلاقك فأنت طالق ثم قال : إذا طلعت الشمس فأنت طالق . لم تطلق فى الحال ، لأنه ليس بخلف . بينما تطلق على القول الأول ؛ لأنه خلف . وإن قال : كلما كنت أباك فأنت طالق . طلقت على التام ، لانه جاء بطلاقها على شرط

يمكن فعله ، وتركه . فكان حلفا كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق^(١) .

أنت طالق لأقومن

قال الحنابلة : لو قال الرجل لزوجته : أنت طالق لأقومن ، وقام ، لم تطلق زوجته . فإن لم يقم في الوقت الذي عينه حنث ؛ لأنه حلف بر فيه ، فلم يحنث . كما لو حلف بالله تعالى .

تعليق الطلاق على عدة صفات

إذا علق الرجل طلاق زوجته على صفات ، فاجتمعت في شيء واحد ، وقع بكل صفة ما علق عليها . كما لو وجدت متفرقة . فلو قال لامرأته : إن كنت رجلا فأنت طالق ، وإن كنت طويلا فأنت طالق ، وإن كنت أسود فأنت طالق . فكلمت رجلا أسود طويلا ، طلقت ثلاثا . وإن قال لها : إن أكلت رمانة فأنت طالق ، وإن أكلت نصف رمانة فأنت طالق . فأكلت رمانة طلقت ثنتين .

برجع إلى النية والقرآن لمعرفة المراد

وقال الحنابلة : إن القرآن ، والنوايا يستدل بها على المراد من اللفظ إذا لم يكن ظاهرا ؛ لأن مبنى الإيمان على النية . فلو قال الرجل لزوجته : كلما أكلت رمانة ، فأنت طالق ، وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، فأكلت رمانة طلقت ثلاثا ؛ لأن كلما تقتضي التكرار . وفي الرمانة نصفان ، فتطلق بأكلها لثنتين ، وبأكل الرمانة طلقة . فإن نوى بقوله : نصف رمانه ، نصفاً مفرداً عن الرمانة المشروطة ، أو كانت مع الكلام قرينة تقتضي ذلك لم يحنث حتى تأكل ما نوى تعليق الطلاق به ؛ لأن مبنى الإيمان على النية^(٢) .

اليمين على التراخي إذا لم يعين له وقتا

قال الحنابلة : إذا حلف الرجل ليفعلن شيئا ، ولم يعين له وقتا بانقضه ،

(١) المفتي لابن قدامة الحنبلي ج ٧ ص ٣٧٠ ، ٣٧٤ تصحيح الدكتور محمد خليل هراس مطبعة الإمام .

(٢) المفتي لابن قدامة الحنبلي ج ٧ ص ٣٧٦ ، ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، ٣٨٠ .

ولا بنيته ، فهو على التراخي ؛ فإن لفظه مطلق بالنسبة إلى الزمان كله ، فلا يتقيد بدون تقييده ، ولذلك لما قال الله تعالى في الساعة : « بلى وربى لتأتينكم » وقال : « قل بلى وربى لتبعثن ثم لتنبئون بما عملتم » قال : « لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمين » كان ذلك على التراخي فإن الآية أنزلت في نوبة الحديبية في سنة ست ، وتأخر الفتح إلى سنة ثمان . ولذلك روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « قلت للنبي صلى الله عليه وسلم : أو ليس كنت تحدثنا أنا سنانى البيت ونطوف به ؟ قال : بلى ، أفأخبرت أنك آتية العام ؟ قلت : لا ، قال : فإنك آتية ومطوف به ، وهذا مما لا خلاف فيه ، نعله . وتفرعاً على ما تقدم قال الحنابلة : إذا قال الرجل لزوجته : إن لم أطلقك فأنت طالق ولم يطلقها حتى مات ، أو ماتت ، وقع الطلاق بها في آخر الأوقات . وقالوا توضيحاً لذلك : إن حرف « إن » موضوع للشرط ، لا يقتضى زمناً ، ولا يدل عليه ، إلا من حيث إن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان ، وما حصل ضرورة لا يتقيد بزمن معين ، ولا تعجيلاً . فما علق عليه كان على التراخي . سواء في ذلك الإنيات والنفي . فعلى هذا إذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ، ولم يطلقها كان ذلك على التراخي ، ولم يحنث بتأخيرها ، لأن كل وقت يمكن أن يفعل ما حلف عليه ، فلم يفت الوقت ، فإذا مات أحدهما علناً حنته ؛ لأنه لا يمكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما فتبين أنه وقع إذ لم يبق من حياته ما يتسع لتطبيقها .

للحائض وطه زوجته

المشهور في المذهب الحنبلى أن من قال : « إن لم أطلقك فأنت طالق » لا يمنع من وطه زوجته قبل فعل ما حلف عليه . وهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وروى الأثرم عن أحمد أنه يمنع من الوطء حتى يفعل لأن الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق . وبالأمر الأخير قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي ويحيى الأنصارى وربيعة ومالك وأبو عبيد - ونقل عن

الانصراري وريبعة ومالك أنه يضرب للحالف أجل المولى كما لو حلف ألا يبطأها.

دليل الرأي الراجح :

واستدل للرأي الراجح في المذهب الحنبلي القائل بأن الحالف لا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه ، بأن نكاح الرجل صحيح لم يقع فيه طلاق ، ولا غيره من أسباب التحريم ، لحل له الوطء فيه . كما لو قال : إن طلقتك فأنت طالق — وقالوا : إن القول بمنع الحالف من وطء زوجته المحلوف عليها اعتمادا على أن الأصل عدم الفعل ، ووقوع الطلاق غير مسلم به ، إذ هذا الأصل لم يقتض وقوع الطلاق ، فلم يقتض حكمه ، وهو المنع من الوطء . ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضرب ، كما لو طلقها ناجزاً ، وعلى أن الطلاق هنا إنما يقع في زمن لا يمكن الوطء بعده بخلاف قوله : إن وطئت فأنك طالق .

الميراث في الطلاق الرجعي

قال الحنابلة أيضاً : إذا كان المعلق طلاقاً بائناً فأنك لم يرثها ؛ لأن طلاقه أبانها منه ، فلم يرثها كما لو طلقها ناجزاً عند موتها . وإن مات ورثته . نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ، إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثاً إن لم أتزوج عليك ، ومات ولم يتزوج عليها ، ورثته ، وإن مات لم يرثها . وذلك لأنها تطلق في آخر حياته فأشبه طلاقه لها في تلك الحال . قال صاحب المفتي (١) : « ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً ، وهذا قول سعيد بن المسيب ، والحسن ، والشعبي ، وأبي عبيد ؛ لأنه إنما طلقها في صحته وإنما يتحقق شرط وقوعه في المرض فلم ترثه ، كما لو علقه على فعلها ففعلته في مرضه .

الحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق

الحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بها ستة هي : إن ، وإذا ، ومتى ، ومن ، وأى ، كلما .

اقتضاء جروف التعليق التراخي أو الفورية

١ - اقتضاء التراخي

قال صاحب المغنى بعد أن ذكر الحروف الستة سالفة الذكر : « ففى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخي مثل قوله : إن خرجت ، وإذا خرجت ، ومتى خرجت ، وأى زمان ، وأى وقت خرجت ، وكلما خرجت ، ومن خرجت ممكن ، وأمكن خرجت فى طالق . ففى وجد الخروج طلقت ، وإن مات أحدهما سقطت البيّن (١) . »

٢ - اقتضاء الفورية

وأشار صاحب المغنى إلى اقتضاء أدوات التعليق الفورية فقال : « فأما إن علق الطلاق بالنفي بواحد من هذه الحروف كانت وإن ، على التراخي ، ومتى ، وأى ، ومن ، وكلما على الفور ؛ لأن قوله متى دخلت فأنت طالق يقتضى أى زمان دخلت فأنت طالق وذلك شائع فى الزمان كله . فأى زمان دخلت وجدت الصفة ، وإذا قال متى لم تدخل فأنت طالق . فإذا مضى عقيب البيّن زمن لم تدخل فيه وجدت الصفة ؛ فإنها اسم لوقت الفعل فيقدر به ، ولهذا يصح السؤال به فيقال متى دخلت ؟ أى أى وقت دخلت ، وأما وإن ، فلا تقتضى وقتاً ، فقوله : إن لم تدخل لا يقتضى وقتاً ، إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا فى وقت فى مطلقة فى الزمان كله وأما إذا فيها وجهان أحدهما : هى على التراخي : وهو رأى القاضى . وقد وافق بذلك رأى أبى حنيفة . وقد احتج لهذا رأى بأن إذا تستعمل شرطاً بمعنى إن قال الشاعر :

استغن ما أغناك ربك يا نفى . . وإذا تصبىك خصاصة فتجمل

فقد جزم بها الفعل كما يجزم بإن ؛ ولأنها تستعمل بمعنى متى ، وإن ، وإذا احتملت الأمرين فاليقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال .

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ .

أما الوجه الآخر . فهو أنها على الفور ؛ لأنها اسم لزمان مستقبل فتكون
كنى ، وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها ؛ فإن متى يجازى بها ،
ألا ترى إلى قول الشاعر :

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره . . . تجد خير نار عندها خير موقد
ومن يجازى بها أيضاً ، وكذلك أى ، وسائر الحروف ^(١) .

الأدوات التي تقتضى التكرار :

حروف التعليق السنة السابق ذكرها ليس فيها ما يقتضى التكرار إلا كلاً .
وذكر أبو بكر في متى : أنها تقتضى التكرار أيضاً ؛ لأنها تستعمل للتكرار
بدليل قوله :

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره . . . تجد خير نار عندها خير موقد
أى فى كل وقت ؛ ولأنها تستعمل فى الشرط والجزاء ، ومتى وجد
الشرط ترتب عليه جزاؤه . والصحيح أن متى لا تقتضى التكرار ؛ لأنها
اسم زمن بمعنى وقت ، وبمعنى إذا ، فلا تقتضى مالا يقتضيه . وكونها
تستعمل للتكرار فى بعض أحيانها ، لا يمنع استعمالها فى غيره مثل إذا ، وأى
وقت ، فإنهما يستعملان فى الأمرين . قال الله تعالى : (وإذا رأيت الذين
يخوضون فى آياتنا فأعرض عنهم ^(٢)) وقال تعالى (وإذا جاءك الذين
يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم ^(٣)) وقال تعالى (وإذا لم تأتهم بآية قالوا
لولا اجتبتنا) ^(٤) وقال الشاعر :

قوم إذا الشر أبدى ناجذيه لهم . . . طاروا إليه زرافات ووحدانا

(١) المتى لأن لفظة الخليل ج ٣ ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ .

(٢) الآية رقم ١٨ من سورة (الأأنام)

(٣) الآية رقم ٥٤ من سورة (الأأنام)

(٤) الآية رقم ٢٠٣ من سورة (الأعراف)

وكذلك أي وقت، وأي زمان، فإنهما يستعملان للتكرار. وسائر الحروف مجازي بها إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره، لا تحمل على التكرار إلا بدليل، فكذاك متى (١).

تكرار الطلاق بتكرار الصفة :

لو قال الرجل لزوجته التي دخل بها : «كلام أطلقك فأنت طالق» ، وقع بها الثلاث في الحال ؛ لأن كلاما يقتضي التكرار ؛ قال الله تعالى : (كلما جاء أمة رسولا كذبوه) وقال (كلما دخلت أمة بعثت أختها) فيقتضي تكرار الطلاق تكرار الصفة ، والصفة عدم تطليقة لها . فإذا مضى بعد يمينا زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها ، فقد وجدت الصفة ، فتقع طلاق ، وتتبعها الثانية والثالثة إن كانت مدخولا بها . وإن لم تكن مدخولا بها ، بانتهى بالأولى ولم يلزمها ما بعدها ؛ لأن البائن لا يلحقها طلاق .

لا تكرار للطلاق إذا لم تكن الأداة تقتضي التكرار :

وإذا كانت أداة التعليق لا تقتضي تكراراً للفعل كالنعليق إذاً ، ومتى ، وإن ، وأى ، وقت ، فالقول الراجح في المذهب أن الطلاق لا يتكرر بل تتحل البين بمحصول الفعل مرة ، فإذا حصل بعد ذلك فلا يقع طلاقاً ثانية ، ولا ثالثة — فمن قال لزوجه المدخول بها : إن لم أطلقك فأنت طالق ، أو متى لم أطلقك فأنت طالق ، أو أى وقت لم أطلقك فأنت طالق . فإنها تطلق واحدة ، ولا يتكرر إلا على قول أبى بكر فى متى فإنه يراها للتكرار ، فتكرر الطلاق بها مثل كلما .

تقديم الجزاء على الشرط :

وحروف الشرط السابق ذكرها ، إذا تقدم جزاؤها عليها لم تنجح إلى حرف في الجزاء كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار .

١١٢٥٠ تاريخ الدولة العثمانية في عهد السلطان محمد الثاني

تأخير الجزاء وتقديم الشرط :

أما إذا تأخر الجزاء فإنها تحتاج في الجزاء إلى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق وذلك ليرتبط الجزاء بالشرط : إذ الفاء للتعقيب ، فتدل على تعقيب الجزاء على الشرط . ولذلك لا تطلق المرأة التي قال لها زوجها : إن دخلت الدار فأنت طالق إلا إذا دخلت الدار : ولو دخلت العبارة من الرابط لم تطلق أيضاً إلا إذا دخلت الدار باعتبار أن الفاء مقدرة وإن الجزاء مترتب على الشرط : لأنه في قوله : « إن دخلت الدار أنت طالق » قد أتى بحرف الشرط فيدل ذلك على أنه أراد التعليق به ، وإنما حذف الفاء وهي مرادة كما يحذف المبتدأ تارة ويحذف الخبر أخرى ، لدلالة باق الكلام على المحذوف . ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير ، فكأنه أراد : أنت طالق إن دخلت الدار فقدم الشرط ومراده التأخير . ومهما أمكن حمل كلام العاقل على الفائدة ، وتصحيحه عن الفساد واجب . وفي تقديرنا للفاء تصحيح للكلام ومنعاً لإلغائه — لكن لو قال الرجل أردت بقولي إن دخلت الدار . أنت طالق إيقاع الطلاق في الحال ، وقع ؛ لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ .

ربط الشرط بالجزاء بالواو :

وإن قدم الشرط وأخر الجزاء وربط بينهما بالواو وقع الطلاق في الحال ؛ لأن معناه أنت طالق في كل حال ، ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول النبي صلى الله عليه وسلم « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، وإن زنى ، وإن سرق » وقال صلى الله عليه وسلم : « صلهم وإن قطعوك ، وأعطهم وإن حرموك » — فإذا ادعى الخالف أنه أراد الشرط صدق ديانته . أما قضاء فنهك روايتان .

ربط الشرط بالجزاء بالفاء والعطف عليه بالواو :

ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق وإن دخلت الأخرى . فإذا دخلت الأولى الدار طلقت سواء دخلت الأخرى أو لم تدخل . ولا تطلق بدخول الأخرى ؛ لأن ذلك هو مقتضى اللغة .

وقال ابن الصباغ : تطلق بدخول كل واحدة منهما — فإذا ادعى أنه جعل الثاني شرطا لطلاتها أيضاً طلقت بكل واحد منهما ؛ لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ .

ولو قدم الجزاء بأن قال أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن دخلت الأخرى ، طلقت بدخول إحدهما الدار ؛ لأنه عطف شرطا على شرط . فإن قال : أردت أن دخول الثانية يمنع وقوع الطلاق . قبل منه ، لأنه محتمل ، وطلقت بدخول الأولى وحدها^(١) .

استعمال لو أداة شرط :

لو قال الرجل لزوجته : أنت طالق لو قت ، كان ذلك شرطا بمنزلة قوله : إن قت ، فلا تطلق إلا إذا قامت ؛ لأنها لو لم تكن للشرط ، كانت لغوا . والأصل اعتبار كلام المكلف .

قول آخر :

وقيل إن قول الرجل لامرأته ، أنت طالق لو قت ، يقع الطلاق في الحال ؛ لأنها بعد الإثبات تستعمل لغير المنع كقوله تعالى : (وإنه لقسم لو تعلمون عظيم^(٢)) وقوله تعالى (وראو العذاب لو أنهم كانوا يهتدون) ولو قال : أردت أن أجعل لها جوابا صدق ديانته ، ولكن قضاء هل يقبل

(١) المنى لابن قدامة المحلى ج ٧ ص ٣٨٥

(٢) الآية رقم ٧٦ من سورة الزاغة :

ادعائه...؟ يخرج على روايتين^(١)

تعليق الطلاق بشرطين .

لو علق الطلاق بشرطين لم يقع قبل وجودهما جميعا . هذا هو الرأي المشهور والراجح في المذهب . وخرج القاضى وجها في وقوع الطلاق بوجود أحد الشرطين المعلق بهما ، بناء على إحدى الروايتين فيمن حلف ألا يفعل شيئا ففعل بعضه . وقد اعترض على هذا القول بأنه بعيد جدا . وهو مخالف لأصول الشرع ، فضلا عن مخالفته لمقتضى اللغة والعرف وطامة أهل العلم ، فإنه لاخلاف بينهم في المسائل التى ذكرناها في الشرطين جميعا ، وإذا كان قد حكم بعدم الطلاق فيما لو أدخل بترتيب الشرطين في الشرطين المرتبين في مثل قوله : إن أكلت ثم لبست فأنت طالق ، فإذا لبست ثم أكلت لا يقع الطلاق ، فباخلاله بالشرط كله من باب أولى ألا يحكم بالطلاق . ولأنه يلزم من القول بوقوع الطلاق بوجود أحد الشرطين وقوع الطلاق في حالة ما إذا قال الرجل لزوجته : إذا مضى شهران فأنت طالق ، ومضى شهر أو أقل ، مع أنه لاخلاف في أن المرأة ، في هذه الحالة ، لا تنطق قبل مضى الشهرين . وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما .

رد شبهة :

وقد رد صاحب المغنى^(٢) على ما قيل من أن الطلاق المعلق بشرطين يقع بوجود أحدهما قياسا على أن من حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه يحنث فكذلك هذا ، فقال : وقد نص أحمد على أنه إذا قال : إن حضت حيضة فأنت طالق . وإذا قال : إذا صمت يوما فأنت طالق ، أنها لا تنطق حتى تحيض حيضة كاملة ، وإذا غابت الشمس من اليوم الذى تصوم فيه طلقت . وأما البين : فإنه متى كان في لفظه ، أو نيته ما يقتضى جميع الخلوفاً عليه ،

(١) المغنى لابن قدامة المجلد ٧ ص ٣٨٥

(٢) المغنى لابن قدامة المجلد ٧ ص ٣٨٧

لم يبحث إلا بفعل جميعه . وفي مسألتنا ما يقتضى تعليق الطلاق بالشرطين
مما لتصريحه بهما . وجعلها شرطاً للطلاق ، والحكم لا يثبت بدون شرطه .
على أن اثنين مقتضاها المنع مما حلف عليه ، فيقتضى المنع من فعل جميعه ؛
لأنهى الشارع عن شئ . يقتضى المنع من كل جزء منه كما يقتضى المنع من مجمله
وما علق على شرط جعل جزءاً وحكماً له . والجزاء لا يوجد بدون شرطه .
والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لفة وعرفاً وشرعاً .

تعليق الطلاق بالمشيئة

١ - التعاقب على مشيئة لا يعلم وجودها :

برى الحنابلة أن تعليق الطلاق على مشيئة لا يعلم وجودها بمثابة تنجيز
للطلاق . ولذلك قالوا بوقوع الطلاق في الحال فيمن قال لامرأته : أنت
طالق إن شاء زيد فجئ اومات من علق الطلاق بمشيئته . وقالوا تعليلاً لذلك :
أنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بشرط لم يوجد . أما لو خرس من علق الطلاق
بمشيئته فشاء بالإشارة فقيه وجبان بناء على وقوع الطلاق بإشارته إذا
علقه على مشيئته . وقال الحنابلة أيضاً بوقوع الطلاق في الحال بقول الرجل
لامرأته : أنت طالق إن شاء الله تعالى . وفي المذهب رواية عن أحمد تدل
على أن الطلاق لا يقع . والرأى الأول هو المشهور في المذهب .

الدليل على وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله

استدل الحنابلة بالسنة وإجماع الصحابة - والمغفول .

السنة :

أما السنة فنما : ما روى أبو جرة قال : سمعت ابن عباس يقول :
« إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله فهي طالق » ، رواه أبو حفص
ياسناده ، وعن أبي بردة نحوه .

وجه الاستدلال :

الحديث نصر في موضع الخلاف ، فقد أبان أن تعليق الطلاق بمشيئة الله لا يمنع من وقوعه في الحال . وقد عضد هذا الحديث برواية أبي بردة المائلة له في المعنى .

إجماع الصحابة :

أما إجماع الصحابة فقد ذكره أبو الخطاب نقلاً عن ابن عمر وأبو سعيد؛ فقد روى عنهما أنهما قالوا : كنا معاً مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء ، إلا في العتاق ، والطلاق ؛ فإن قيل : إن هذا قول لبعض الصحابة وليس بإجماع ، فيرد على ذلك بأنه قول لم يعلم له مخالف فهو إجماع .

المعقول

التعليق على مشيئة الله هو استثناء فهو ، رفع لجملة الطلاق ، ورفع جملة الطلاق لغو لا يصح كقوله : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ؛ ولأنه استثناء حكماً في محل فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح . والطلاق إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله ، كما لو قال : أبرأتك إن شاء الله . والتعليق على ما لا يعلم وجوده هو بمثابة التعليق على المستحيل — والتعليق على المستحيل يجعل الطلاق واقعاً في الحال فكذلك ما أشبهه .

رد أدلة من قال بعدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله

وقال الحنابلة رداً لأدله من قال بعدم وقوع الطلاق المعلق على من لا تعلم مشيئته : إن الحديث الذي استدل به على عدم الوقوع وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث » حديث لا حجة فيه ؛ فإن الطلاق والعتاق إنشاء ، وليس يمين حقيقة . وإن سمي بذلك فجاز لا تترك الحقيقة من أجله . ثم إن الطلاق إنما سمي يميناً إذا

كان معلقة على شرط يمكن تركه وفعله . ومجرد قوله : أنت طالق ليس يمين حقيقة ولا مجازاً ، فلم يكن الاستثناء بعد يمين . أما القول : بأن تعليق الطلاق على مشيئة الله هو تعليق على مشيئة لا تعلم فهو قول غير مقبول ؛ لأننا نقول : إن مشيئة الله للطلاق قد علمت بمباشرة الأدنى سببه . قال قتادة قد شاء الله حين أذن أن يطلق . ومع هذا فلو سلمنا أن مشيئة الله بالطلاق لم تعلم لكن الرجل يكون قد علق طلاقه في هذه الحالة على شرط يستحيل عليه فيكون كتعليقه على المستحيلات فيلغو ويقع الطلاق في الحال .

لا يملك المعلق تعجيل الطلاق المعلق

قال الحنابلة : إذا علق الرجل طلاق زوجته على شرط مستقبل ، ثم قال : عجلت لك تلك الطلقة فإنها لا تتعجل ؛ لأنها طلقة معلقة بزمن مستقبل ، فلم يكن له إلى تغييرها سبيل . لكنه إن أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة ، وقعت بها طلقة فإذا جاء الزمن الذي علق الطلاق به وهي في حياله وقع بها الطلاق المعلق .

إضافة الطلاق إلى زمن وفعل

ومن يعلق طلاق زوجته على وجود فعل في زمن معين لأبد لوقوع الطلاق من وجود الفعل بأوصافه كاملة في الزمن الذي عينه المعلق — فن قال لزوجته : أنت طالق غدا إذا قدم زيد ، فلا تطلق حتى يقدم زيد لأن «إذا» اسم زمن مستقبل فيكون المعنى : أنت طالق غدا وقت قدوم زيد . وإن لم يقدم زيد في غدا لم تطلق . وكذلك إن قدم بعده ؛ لأنه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد . وإن ماتت غدوة ، وقدم زيد بعد موتها لم تطلق ؛ لأن الوقت الذي أوقع طلاقها فيه لم يأت وهي محل للطلاق فلم تطلق ، كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم .

الرجوع للعرف والنية

ولو قال رجل لزوجته : أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليلا . لم تطلق ؛ لأنه لم يوجد الشرط إذ قدم زيد في اليوم الذي ماتت . وعطقت وقت قدومه .

الوقت يسمى يوما قال الله تعالى : (ومن يومهم يومئذ دبره) لكن لو تغير الأمر في هذه المسألة بأن ماتت المرأة غدوة ، وقدم زيد المعلق وقوع طلاقها على قدمه فهل يقع الطلاق أولا ؟ ... في المذهب وجهان هما :

الوجه الأول : تدين أن طلاقها وقع من أول اليوم : لأنه لو قال : أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله ، فكذا إذا قال : أنت طالق يوم يقدم زيد ؛ فينبغي أن تطلق بطلوع لجره . وهذا الوجه أولى من الوجه الآتي :

الوجه الثاني : لا يقع الطلاق ؛ لأن شرطه قدم زيد ، ولم يوجد إلا بعد موت المرأة فلم يقع . بخلاف يوم الجمعة ، فإن شرط الطلاق مجيء يوم الجمعة وقد وجد . وههنا شرطان فلا يؤخذ بأحدهما . وقال الحنابلة أيضاً : لو قال الزوج لزوجته : أنت طالق في شهر رمضان إن قدم زيد فقدم فيه خرج فيه وجهان .

أحدهما : لا تطلق حتى يقدم زيد ؛ لأن قدمه شرط فلا يتقدمه المشروط بدليل ما لو قال : أنت طالق إن قدم زيد فإنها لا تطلق قبل قدمه بالاتفاق . وكذا لو قال إذا قدم زيد .

والثاني : أنه إن قدم زيد تيننا وقوع الطلاق من أول الشهر قياساً على المسألة التي قبل هذه .

إضافة الطلاق إلى الماضي :

إذا قال رجل لزوجته : أنت طالق أمس ، ولا نية له ؛ فظاهر كلام أحمد : أن الطلاق لا يقع فقد روى عنه فيمن قال لزوجته : أنت طالق أمس ، وإنما تزوجها اليوم ، ليس بشيء . وهذا قول أبي بكر .
رأى آخر :

ونقل عن القاضي أنه قال في بعض كتبه بوقوع الطلاق ؛ لأنه وصف الطلقة بما لا تنصف به فلغت الصفة ، ووقع الطلاق . كما لو قال لمن لا سنة

لها ولا بدعة : أنت طالق السنة . أو قال أنت طالق طلقة لا تزلمك .

تعليق للرأى الأول

واحتج القائلون بعدم وقوع الطلاق المضاف للماضى والذى لانية لإيقاعه ، أنت طالق أمس ، بقولهم : إن الطلاق رفع الاستباحة ، ولا يمكن رفعها^(١) فى الزمن الماضى فلم يقع الطلاق لهذا ؛ كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد يومين ، فقدم اليوم ؛ فإن فقهاء المذاهب قالوا بعدم وقوع الطلاق فى هذه الحالة ؛ فكذلك هذه المسألة ؛ لأنه طلاق فى زمن ماض - وإن قول الرجل لامرأته : أنت طالق أمس بمثابة تعليق للطلاق على مستحيل ، وتعليق الطلاق بمستحيل إلغاء له ، فن قال لزوجته : إن قلبت هذا الحجر ذهباً فأنت طالق ، لا تطلقى... فكذا هذا ، حيث لانية أقامه فى إيقاع الطلاق بعبارة .

أنت طالق قبل أن أتزوجك

الظاهر فى المذهب الحنبل أنه لا فرق فى الحكم بين قول الرجل لزوجته : أنت طالق قبل أن أتزوجك وبين قوله لها : أنت طالق أمس ، ولانية له فى الحالين فى إيقاع الطلاق . لكن صاحب المغنى قال : « قال القاضى : ورأيت بخط أبى بكر فى جزء مفرد أنه قال : إذا قال : أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت : ولو قال : أنت طالق أمس لم يقع ؛ لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه ، وقبل تزويجها متصور الوجود . فإنه يمكن أن يتزوجها ثانياً ، وهذا الوقت قبله فوقع فى الحال ، كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد^(٢) . » .

لو قصد إيقاع الطلاق

ولو قصد الرجل بقوله لزوجته : أنت طالق أمس ، أو أنت طالق قبل

(١) المغنى لابن قدامة الحنبل ج ٧ ص ٣٦١ ، ٣٦٢ ، ٣٦٣ .

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبل ج ٧ ص ٣٦٤ ورجع شرح منتهى الإبرادات قلمة فيه المناهضة فى وقته متصور بن أنريس بن البهوت ج ٣ ص ١٤٨ .

أن أنزوجك إيقاع الطلاق عليها في الحال مستنداً إلى ذلك الزمان وقع الطلاق في الحال .

لو قصد الإخبار فقط

أما لو قصد بقوله السابق أن يخبر عن حصول طلاق بأن كان قد طلقها هو ، أو زوج قبله ، في ذلك الزمان الذي ذكره في المذهب رأيان .

الرأى الأول

لا يقع الطلاق ، إن وجد ما يصدق الرجل في ادعائه ، بأن كان قد وجد منه طلاق لها قبل قوله لها : أنت طالق أمس : أو أنت طالق قبل أن أنزوجك فلا يقع طلاق في هذه الحالة ؛ لأنه لا قصد له في إيقاع الطلاق بل قصده حكاية ما حدث سابقاً . أما إذا لم يكن وجد ما ادعاه فإنه يقع الطلاق ... ذكر هذا أبو الخطاب .

الرأى الثاني

وينسب إلى القاضي أنه قال : بقبول ما ادعاه الرجل مطلقاً ، بناء على ظاهر كلام أحمد ، لأن الرجل فسر قوله بما يحتمله سواء وجد هذا الطلاق الذي ادعاه قبل قوله ، أو لا ؟ .

أنت طالق اليوم إذا جاء غد

إذا قال الرجل : أنت طالق اليوم إذا جاء غد فهل تطلق امرأته أو لا ؟ في المذهب رأيان ؛ أحدهما يرى وقوع الطلاق في الحال . واختار هذا الرأي القاضي ؛ لأن الرجل ^(١) عاق الطلاق بشرط محال فلفى الشرط ، ووقع الطلاق ؛ كمن قال لمن لاسنة لطلاقها ، ولا بدعة : أنت طالق للسنة .

(١) المرجع السابق .

الرأى الآخر

أما الرأى الآخر فهو عدم وقوع الطلاق، قاله القاضى فى المجرى ؛ لأن شرط الطلاق لم يتحقق ؛ لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غدا فى اليوم . ولا يأتى غدا إلا بعد فوات اليوم وذهاب عل الطلاق . وهذا القول هو قول أصحاب مالك رحمهم الله^(١) .

تعليق الطلاق على إيقاع الطلاق أو وقوعه

تحت هذا العنوان أدرجت مسائل فرعية متنوعة منها :

١ - لو قال الزوج لزوجته : إذا طلقك فأنت طالق، ثم علق طلاقها بشرط مثل قوله : إن خرجت فأنت طالق، فخرجت، طلق بخرجها، ثم طلق بالصفة طلقه أخرى ؛ لأنه قد طلقها بعد عقد الصفة .

٢ - ولو قال لها : إن خرجت فأنت طالق، ثم قال : إن طلقك فأنت طالق، فخرجت، طلق بالخروج، ولم تطلق بتعليق الطلاق بطلاقها ؛ لأنه لم يطلقها بعد ذلك ، ولم يحدث عليها طلاقا ، لأن إيقاعه الطلاق بالخروج كان قبل تعليقه الطلاق بتطبيقها فلم توجد الصفة فلم يقع .

٣ - وإن قال : إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : إن وقع عليك طلاق فأنت طالق ، فخرجت ، طلق بالخروج ، ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها إن كانت مدخولا بها .

وكذا ، تقتضى التكرار

لو قال الرجل لزوجته : كلما طلقك فأنت طالق، ثم قال لها : أنت طالق، وقع بها طلقتان : إحداها بالمباشرة، والأخرى بالصفة . ولا تقع ثالثة ؛ لأن الثانية لم تقع بإيقاعه بعد عقد الصفة ؛ لأن قوله : كلما طلقك يقتضى كلما

أو قمت عليك بالطلاق . وهذا يقتضى تحديد إيقاع الطلاق بعد هذا القول ، وإنما وقعت الثانية بهذا القول .

الحلف بالطلاق

ما هيئته

اختلف الجنبالة في تعريف الحلف بالطلاق ، فمنهم من يقول : إنه هو تعليق الطلاق على شرط ، أى شرط كان ، إلا بعض مسائل مستثناة . ومنهم من يقول إنه هو تعليق الطلاق على شرط يمكن فعله وتركه ويقصد به الحالف الحث على الفعل أو المنع منه أو الحث على تصديق غيره . وتفصيل ذلك فيما يلي .

الرأى الأول

قال القاضى فى الجامع ، وأبو الخطاب فى تحديد الحلف بالطلاق : إنه هو تعليق الطلاق على شرط ، أى شرط كان ، إلا قوله : إذا شئت فأنت طالق ونحوه ، فإنه تملك وقوله : إذا حضت فأنت طالق ؛ فإنه طلاق بدعة . وإذا طهرت فأنت طالق ؛ فإنه طلاق سنة .

وجهة نظر أصحاب هذا الرأى

وقال أصحاب هذا الرأى : إن ما ذكر هو حلف ؛ لأنه يسمى حلفاً عرفاً ؛ فيتعلق الحكم به . كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق . وقالوا أيضاً : إن فى الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة مستقلة دون الجواب ، فأشبهه قوله : والله ، وبالله ، وتالله .

الرأى الثانى

وقال القاضى فى المجرى : الحلف بالطلاق : هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على الفعل ، أو المنع منه ؛ كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق ، أو قوله : إن لم تدخل الدار فأنت طالق ، أو يقصد به الحث على تصديق غيره كقوله : أنت طالق لقد قدم زيد ، أو لم يقدم زيد . أما التعليق على شرط لغير ذلك فهو شرط محض لا حلف ؛ كقوله : أنت طالق إن طلعت

الشمس ، أو قدم الحاج ، أو إن لم يقدم فلان ؛ فهذا كله شرط محض ليس بحلف . وبهذا قال الشافعي .

وجهة أصحاب الرأي الثاني

قال أصحاب الرأي الأخير : إن حقيقة الحلف هو القسم ، وإنما سمي تعليق الطلاق على شرط حلفا تجاوزا لمشاركته الحلف في المعنى المشهور ، وهو الحث ، أو المنع ، أو تأكيد الخبر ؛ كقوله : والله لا أفعلن ، أو لا أفعل ، أو لقد فعلت ، أو لم أفعل . فإذا لم يوجد في التعليق بالطلاق هذا المعنى لا يصح تسميته حلفا .

أثر هذا الخلاف

ويظهر أثر الخلاف في تحديد الحلف بالطلاق فيما إذا قال رجل لزوجته : إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق . ثم قال : إذا طلعت الشمس فأنت طالق . فلا تطلق في الحال قبل طلوع الشمس عند أصحاب القول الثاني ؛ لأنه ليس بحلف . وتطلق على القول الأول ؛ لأنه حلف . ولو قال بدلا من قوله : إذا طلعت الشمس فأنت طالق : كلما كلمت أباك فأنت طالق ؛ فإنها تطلق على القولين جميعا ؛ لأنه علق طلاقها على شرط يمكن فعله وتركه ، فكان حلفا ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق (١) .

استعمال الطلاق استعمال القسم

ولو استعمل الطلاق استعمال القسم جعل جواب القسم جوابا له في غير المستحيل ؛ فمن قال : أنت طالق لأقومن وقام لم تطلق زوجته . فإن لم يقم في الوقت الذي عينه حنث ؛ لأنه حلف برفيه ، فلم يحنث . فأما إن لم يبر فيه حنث ، وكان هذا مثل ما لو حلف بالله تعالى . ولو قال : أنت طالق إن أخاك لعاقل ، وكان أخوها عاقلا لم يحنث ، وإن لم يكن عاقلا حنث ،

كما لو قال : والله إن أخاك لعاقل . وإن شك في عقله لم يقع الطلاق ؛ لأن الأصل بقاء النكاح فلا يزول بالشك (١) . أما لو عاق الطلاق بمستحيل فقد فصل هذا الموضوع صاحب منتهى الإرادات تفصيلا واضحا فقال :

التعليق بفعل المستحيل

ولو علق الطلاق ونحوه بفعل مستحيل عادة ، وهو ما لا يتصور في العادة وجوده ، وإن وجد خارقا للعادة كقوله : أنت طالق إن صعدت السماء ، أو أنت طالق لا صعدت السماء ، أو أنت طالق إن قلبت الحجر ذهباً ؛ أو أنت طالق لا قلبت الحجر ذهباً — أو علق الطلاق بفعل مستحيل لذاته وهو ما لا يتصور في العقل وجوده كقوله : أنت طالق إن رددت أمس ، أو أنت طالق إن شربت ماء الكوز ولا ماء فيه ؛ ففي هذه الحالات كلف لا تنطق ، كخلفه بالله على هذه الأمور ؛ لأنه عاق الطلاق بصفة لم توجد ؛ ولأن ما يقصد تعليقه معلق بالمحال كقوله تعالى : « ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط » .

تعليق الطلاق على نفي المستحيل

ولو علق الطلاق ونحوه على نفي المستحيل عادة أو لذاته وقع الطلاق . فمن قال لزوجه : أنت طالق لا شرب ماء الكوز ولا ماء فيه ، أو قال أنت طالق إن لم أشرب ماء هذا الكوز ولا ماء فيه ، أو قال : أنت طالق لأقتل فلانا فإذا هو ميت (سواء علم موته ، أو لا) أو قال أنت طالق لأطيرن ، أو أنت طالق إن لم أطر ، أو أنت طالق إن لم أقلب الحجر فضة وقع الطلاق في الحال .

تعليق الطلاق على صفات متعددة

وإذا علق الرجل طلاق زوجته على صفات فاجتمعن في شيء واحد ، وقع بكل صفة ما علق عليها . كما لو وجدت متفرقة . فلو قال لزوجه :

إن كلمت رجلا فانت طالق ، وإن كلمت طويلا فانت طالق . وإن كلمت أسود فانت طالق . فكلمت رجلا أسود طويلا ، طلقت ثلاثا . وإن قال : إن ولدت بنتا ، فانت طالق ، وإن ولدت سوداء فانت طالق . وإن ولدت ولدا فانت طالق . فولدت بنتا سوداء طلقت ثلاثا .

إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل

ولو أضاف الزمان إلى زمان مستقبل كقول رجل لامرأته : أنت طالق غداً ، أو يوم كذا وقع الطلاق بأولهما أى عند طلوع فجرهما ، لأنه جعل الغد ، ويوم كذا ، ظرفاً للطلاق ؛ فكل جزء منهما صالح للوقوع فيه ، فإذا وجد ما يكون ظرفاً له منهما وقع الطلاق ؛ كإن دخلت الدار فانت طالق حيث تطاق بدخول أو جزء منها . والغد هو اسم للذى يلي يومك ، أو ليالتك . فإن قال أردت بقولى آخر الغد ، أو آخر يوم كذا لا يقبل قوله لا قضاء ، ولا ديانة ؛ لأن لفظه لا يحتمل ما ادعاه .

ولو قال : أنت طالق اليوم ، أو أنت طالق فى هذا الشهر يقع الطلاق فى الحال لكنه يصدق ديانة وحكما ، إن قال : أردت الوقوع فى آخر هذه الأوقات ، لأن هذه الأوقات آخرها وأوسطها منها كأولها ، فإرادته لذلك لاتخالف ظاهر اللفظ ، إذ لم يأت بما يدل على استغراق الزمن للطلاق ؛ لصدق قول القائل : صمت فى رجب حيث لم يستوعبه بخلاف صمت رجب . ولو قال : أنت طالق اليوم أو غداً ، وقع الطلاق فى الحال ؛ لأن أو لأحد الشئين ، ولا مقتضى لتأخير^(١)

شروط صحة تعليق الطلاق

اشترط الحنابلة لصحة تعليق الطلاق ما يأتى : —

١ — أن يكون المعلق للطلاق زوجا يصح تنجيذه منه وقت التعليق ؛

(١) متون الإبرادانت البهوتى ج ٣ ص ١٤٨ .

فمن قال : إن تزوجت امرأة فهي طالق ، أو قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق ، لم يقع الطلاق بزواجها .

الدليل

وقد استدلل الحنابلة على عدم وقوع الطلاق المعلق على الزواج من أجنبية وقت التعليق إذا ما تم الزواج منها بالكتاب والسنة والمعقول على التفصيل الآتي : -

الكتاب

فمن الكتاب ما روى عن ابن عباس ، ورواه الترمذي عن علي وجابر ابن عبد الله لقوله تعالى : « وإذا نكحتم المؤمنات ، ثم طلقتموهن ، فقد جعل الطلاق مسبوqa بالنكاح ومتأخرا عنه فلا بد من أن يكون المطلق من له ملك للمعصمة وقت تعليق الطلاق .

السنة

أما السنة فمنها حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا : « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق فيما لا يملك ، ولا طلاق فيما لا يملك ، رواه أحمد ، وأبو داود ، والترمذي وحسنه .

وجه الاستدلال بالحديث

ففي الحديث وقوع الطلاق الذي يصدر من أجنبي عن محل الطلاق ؛ إذ نفى وجود الطلاق ، وصحته إذا صدر على محل لا يملكه المطلق . وقت صدور الطلاق منه .

ومن السنة أيضاً ما روى عن المسور بن مخرمة مرفوعا « لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك ، رواه ابن ماجه .

وجه الاستدلال

الحديث صريح في عدم وقوع الطلاق قبل الزواج من المطلقة . حتى يجد الطلاق محلا صالحا للوقوع فيه .

المعقول

أما المعقول فقال الحنابلة : إن الطلاق المنجز لا يقع إذا أوقع على أجنبية عن المطلق ، فكذا تعليقه .

٢ - الشرط الثاني أن يكون وقوع الشرط وتعليقه والمرأة علا لوقوع الطلاق عليها، فن قال لزوجته إن قت فأت طالق، ثم بانث منه، وفعلت المحلوف عليه، لم يقع الطلاق . وكذلك لو حلف لا يفعل كذا من قيام أو دخول دار ونحوه، ولم يبق له زوجة بأن بن منه ، أو متن، ثم تزوج امرأة أخرى فأكثر وفعل ما حلف لا يفعله فلا يقع عليه شيء (١) .

التراخي في التعليق على إيجاد فعل

والحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بهاستهـي : إن ، ومتى ، ومن ، وأى ، وكلما . فتى عاق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخي مثل قوله : إن خرجت فأت طالق ، فتى وجد الخروج طلقت ، وإن مات أحدهما سقطت اليمين .

التعليق بالنفي

أما إن علق الرجل الطلاق بالنفي بواحد من أدوات التعليق الستة السابق ذكرها كانت « إن » على التراخي ، ومتى ، وأى ، ومن ، وكلما على الفور لأن قوله : متى دخلت فأت طالق يقتضى أى زمان دخلت فأت طالق . وذلك شائع فى الزمان كله ، فأى زمن دخلت وجدت الصفة ، وإذا قال : متى لم تدخل فأت طالق فإذا مضى عقيب اليمين زمن لم تدخل فيه وجدت الصفة فإنها اسم لوقت الفعل فيقدر به . ولهذا يصح السؤال به فيقال متى دخلت ؟ أى أى وقت دخلت . وأما إن فلا تقتضى وقتا ، فقوله إن لم تدخل لا يقتضى وقتا إلا ضرورة

أن الفعل لا يقع إلا في وقت في مطلقة في الزمان كله . وأما (إذا) ففيها وجهان أحدهما : هي على التراخي . ورجح هذا القول التقاضى لأنها تستعمل شرطاً بمعنى « إن » قال الشاعر :

استغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتحمل .
فجزم بها كما يحزم بيان : لأنها تستعمل بمعنى متى وإن ، وإذا احتملت الأمرين فالتيقن بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال .
والوجه الآخر أنها على الفور ؛ لأنها اسم لزمان مستقبل فنكون كنى .
وقال أصحاب هذا الرأي : إن المجازاة بها لا تخرجها عن موضوعها فإن متى يجازى بها ، ألا ترى إلى قول الشاعر .

متى تاته تعشرو إلى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد
وكذلك من يجازى بها أيضاً . وكذلك أى .

ما يقتضى التكرار

ولا يقتضى من حروف التعليق التكرار سوى «كلاً» ، بالاتفاق ، ومتى في رأى نسب إلى أبى بكر ؛ لأنها تستعمل للتكرار بدليل قوله :

متى تاته تعشرو إلى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد
أى في كل وقت : ولأنها تستعمل في الشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه والصحيح أن (متى) لا تقتضى التكرار ؛ لأنها اسم زمان بمعنى أى وقت ، ومعنى (إذا) فلا تقتضى ما لا يقتضيه ، وكونها تستعمل للتكرار في بعض أحيانها لا يمنع استعمالها في غيره مثل : إذا ، وأى وقت ، فإنما يستعملان في الأمرين قال الله تعالى : « وإذا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَخُوضُونَ في آياتنا فأعرض عنهم » وقال تعالى : « وإذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم » وقال تعالى : « وإذا لم تأتكم بآية قالوا لولا اجتبتنا » .

وقال الشاعر

قوم إذا الشر أبدى ناجذيه لهم طاروا إليه زرافات ووحدانا
وكذلك أى وقت ، وأى زمان فإنهما يستعملان للتكرار ، وسائر
الحروف يجازى بها إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تحمل على
التكرار إلا بدليل كذلك متى .

ربط الشرط بالجزاء

حروف التعليق إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف في الجزاء
كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن تأخر جزاؤها احتاجت في
الجزاء إلى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله : إن دخلت
الدار فأنت طالق . وإنما اقتصت بالفاء ؛ لأنها للتعقيب فتربط بين الجزاء
وشرطه وتدل على تعقيقه به ، فإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق لم
تطلق حتى تدخل .

تعليل الحنابلة لأربهم

قال الحنابلة إذا حذف الرابط وهو الفاء ، وتقدم الشرط ، وتأخر الجزاء ،
كان هذا من قبيل التعليق ، وتوقف وقوع الطلاق على وجود الشرط
المعلق عليه الطلاق ؛ فمن قال لزوجته : إن دخلت الدار أنت طالق ، لم تطلق
حتى تدخل الدار ؛ لأنه أتى بحرف الشرط ؛ فبدل ذلك على أنه أراد
التعليق ، وإنما حذف الفاء ، وهى مرادة ، كما يحذف المبتدأ تارة والخبر أخرى
لدلالة باقى الكلام على المحذوف . ويجوز أن يكون حذف الفاء على
التقديم والتأخير ، ومما أمكن حمل كلام الماعلى على فائدة ، وجب تصحيح
كلامه ، وإبعاده عن الفساد ما أمكن . وفى تقديرنا للرابط بين الشرط والجزاء
تصحيح للكلام وإبعاده عن الفساد فيقدم . أما ما يراه الغير من أن الجملة
ليست فيها تعليق للطلاق ، فيقع الطلاق فى الحال ، فهو إلغاء وإفساد لكلام

العاقل فلا يلتفت إلى هذا القول ، تصحيحاً وإبعاد الكلام العاقل عن الفساد^(١) . لكنه لو قال: أردت بقولي هذا الإيقاع في الحال ، وقع ، لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ .

الربط بالواو لا يعتبر تعليقاً

ولو قال: أنت طالق وإن دخلت الدار ، وقع الطلاق في الحال ؛ لأن معناه : أنت طالق في كل حال ، ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول النبي صلى الله عليه وسلم : من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، وإن زنى ، وإن سرق ، وقال صلى الله عليه وسلم : صلهم وإن قطعوك ، واعطهم وإن حرموك .

تأثير النية في هذه الحالة

ولو قال الرجل لامرأته : وأنت طالق وإن دخلت الدار ، وقال : قصدت تعليق الطلاق على دخولها الدار ، صدق ديانته . أما قضاءه فيخرج على روايتين^(٢) .

تعليق الطلاق بأكثر من شرط

إذا علق الطلاق بشرطين لم يقع الطلاق قبل وجودهما جميعاً . وهذا هو الرأي الراجح في المذهب .

وجه آخر

ونسب إلى القاضي أنه قال بوقوع الطلاق بوجود أحد الشرطين المعلق عليهما الطلاق بناء على أحد الروايتين : فيمن حلف ألا يفعل شيئاً ففعل بعضه - لكن هذا التخرج كما قال ابن قدامة : بعيد جداً ، ويخالف أصول

(١) المرح السكبر على هامش المتن لابن قدامة ج ٧ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ - والمتن لابن قدامة المنبجل ج ٧ ص ٣٨٤ طبع مطبعة الامام بالمسقية .

(٢) المتن لابن قدامة المنبجل ج ٧ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨ .

اللغة ، والعرف ، وعامة أهل العلم . ولأن العلماء قد انفقروا على عدم وقوع الطلاق المعلق على شرطين مرتبين إذا اخل بالترتيب ، في مثل قول الرجل لامرأته : إن أكلت ، ثم لبست ، فأنت طالق فلا ينقع الطلاق لإخلاله بالشرط كله أولى . وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما . وقد نص أحمد أنه إذا قال : إن حضت حيضة فأنت طالق وإذا قال : إذا صمت يوما فأنت طالق أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة . وإذا غابت الشمس من اليوم الذي تصوم فيه طلقت . وأما اليمين فإنه متى كان في لفظه أو نيته ما يقتضى جميع المحلوف عليه لم يحث إلا بفعل جميعه ، وفي مسائلنا ما يقتضى تعليق الطلاق بالشرطين معا لتصريحهما بهما ، وجعلهما شرطا للطلاق ، والحكم لا يثبت بدون شرطه ، على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه ، فيقتضى المنع من فعل جميعه ؛ لأن نهى الشارع عن شيء يقتضى المنع من كل جزء منه ؛ كما يقتضى المنع من مجملته . وما علق على شرط جعل جزاءه ، والجزاء لا يوجد بدون شرطه . والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه ؛ لغة ، وعرفا ، وشرعا (١) .

تعليق الطلاق على المشيئة

تعليق الطلاق على مشيئة الله

لرعلق الطلاق على مشيئة الله بأن قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله تعالى ؛ ففي المذهب روايتان عن أحمد .

الرواية الأولى الطلاق يقع

الرواية الأولى وهي الراجعة في المذهب هي : أن الطلاق يقع . فقد نص أحمد على ذلك في رواية جماعة . وقال : إن هذا ليس من قبيل اليمين . وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهرى . وهو قول مالك والليث والأوزاعي وأبو عبيد .

دليل هذا الرأي

واستدل لهذا الرأي بالسنة والإجماع والمعقول :

أما السنة ففيها ما روى أبو جرة قال : سمعت ابن عباس يقول : إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله ، فهي طالق . رواه أبو حفص بإسناده ، وعن أبي بردة نحوه .

وجه الاستدلال

الحديث صريح في أن تعليق الطلاق على مشيئة الله لا يعتبر من قبيل الخلف ولا من قبيل تعليق الطلاق على شرط حيث أفاد ، صراحة ، وقوع الطلاق فوراً ، وقد تقوى الحديث بروايته من عدة طرق بهذا المعنى .

الإجماع

وأما الإجماع فما روى ابن عمر ، وأبو سعيد قال : كنا معاً معاً مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء إلا في العتاق والطلاق : ذكره أبو الخطاب . وهذا نقل للإجماع . فإن قيل . إن هذا قول البعض فلا يفيد الإجماع نقول : إنه إن قدر أن هذا قول البعض من الصحابة لكنه لم يعلم له مخالف فهو إجماع .

المعقول

إن قول الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله تعالى ، استثناء يرفع جملة الطلاق ، والاستثناء الذي يرفع جملة الطلاق لا يصح كقوله : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً . والطلاق إزالة للبك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله ، كما لو قال أبرأك إن شاء الله . وكذلك لا يصح تعليقه على مالا سيبل إلى عليه فأشبهه تعليقه على المستحيلات (١)

(١) المتن لابن قدامة المحلى ٧٠٣ ص ٤٠٣ .

الرواية الثانية - الطلاق لا يقع

وروى عن أحمد ما يدل على أن الطلاق لا يقع وكذلك العتاق ، وهو قول طاووس والحكم وأبي حنيفة والشافعي . وهذا رأى مرجوح فى المذهب .

دليل هذا الرأى

استدل أصحاب هذا الرأى بالسنة والمعقول :

السنة

فمن السنة ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من حلف على يمين ، فقال : إن شاء الله ، لم يحنث » رواه الترمذى ، وقال حديث حسن .

وجه الاستدلال : الحديث صريح فى عدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله حيث نفى الرسول الحنث عن حلف معلقا على مشيئة الله . وتعليق الطلاق على المشيئة حلف .

المعقول

وقالوا : إن الرجل بقوله لامرأته : أنت طالق إن شاء الله . قد علق طلاقها على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع الطلاق كما لو علقه على مشيئة زيد .

مناقشة هذا الرأى

وقد نوقش الرأى القائل بعدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله بالآتى :

١ - الحديث الذى استدل به « من حلف على يمين ، فقال : إن شاء الله ، لم يحنث » لا حجة فيه ولا ينتج المدعى ؛ لأن الطلاق ، والعتاق هنا ليس يمينا ؛ إذ الطلاق والعتاق إنشاء وليس يمين حقيقة . وإن سمي بذلك فجواز ، لا تترك الحقيقة من أجله . والطلاق إنما سمي يمينا إذا كان معلقا على شرط

يمكن تركه وفعله . ومجرد قوله : أنت طالق ليس يمين حقيقة ، ولا مجازا فلم يمكن الاستثناء بعد يمين .

٢ - القول بأن الرجل علق طلاق زوجته على مشيئة لا تعلم قول غير مسلم به ، لأن مشيئة الله الطلاق قد علمت بمباشرة الأدعى سببه ؛ قال قتادة : قد شاء الله حين أذن أن يطلق .

٣ - ولو سلمنا أن مشيئة الله تعالى لم تعلم ، لكن الرجل قد علق الطلاق على شرط يستحيل عليه ، فيكون كتعليقه على المستحيلات فيلغو ، ويقع الطلاق في الحال ^(١) .

أنت طالق إلا أن يشاء الله :

ولو قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، وقع الطلاق في الحال ؛ لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم ^(٢) .

تعليق الطلاق على من لا مشيئة له :

ولو علق الطلاق على من لا مشيئة له كقول الرجل لامرأته : أنت طالق أن شاء الميت ، أو إن شاءت البهيمة ، أو أنت طالق لا شاء الميت ، أو لا شاءت البهيمة . لم تطلق ؛ لأنه بمثابة تعليق للطلاق بفعل مستحيل عادة ^(٣) .

وجه آخر

وفي المذهب وجه آخر يقول بوقوع الطلاق في الحال ، لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملته ، ويمنع وقوعه في الحال ، وفي الثاني فلم يصح كاستثناء السكك ، وكألو قال : أنت طالق طلقة لا تنفع عليك .

(٢٠١) المنى لابن قدامة الحنبلي ٧ ص ٤٣ ، ومتن الإيرادات ٣ ص ١٧٠ ، ١٧١

(١) متن الإيرادات للبهوتي ٣ ص ١٤٧ ، والمنى لابن قدامة ٧ ص ٤٠٤ .

(٢) متن الإيرادات للبهوتي ٣ ص ١٧٠ .

تعليق الطلاق على مشيئة من تعلم مشيئته :

ولو قال الرجل لزوجته أنت طالق إن شئت ، أو إذا شئت ، أو متى شئت ، أو أتي شئت ، أو أين شئت ، أو كيف شئت ، أو حيث شئت ، أو أي وقت شئت ، لا يقع الطلاق ، إلا إذا شاءت بلفظها ، لا بقلبها ، ولو كانت كارهة ، ولو كانت مشيئتها بعد تراخ ، بعد رجوع الزوج عن تعليقه بها ؛ لأن الطلاق إزالة لما كان المطلق وقد علق على المشيئة ، فكان على التراخي كالعتق . والتعليق لا يبطل برجوعه عنه للزومه — لكن لو قيد المشيئة بوقت فلا يقع الطلاق بمشيئتها بعد هذا الوقت^(١) .

يكنى أن يكون صاحب المشيئة مبرراً :

لو علق الطلاق على مشيئة آدمى ، فشاء ، وقع الطلاق ، إذا كان مبرراً يعقل المشيئة حينها . ويكنى من الأخرس إشارته إذا كانت مفهومة .

فقدان الأهلية وقت المشيئة :

ولو علق الطلاق على مشيئة إنسان مجنون قبل مشيئته ، فلا يقع الطلاق ؛ لأن الشرط لم يوجد . أما لو خرس وفهمت إشارته ، فإشارته كنطقه في هذه الحالة ، وكذا كتابته^(٢) .

توضيح ابن قدامة لموضوع تعليق الطلاق على مستحيل

ذكر ابن قدامة في كتابه المغنى^(٣) تفصيلاً في تعليق الطلاق على مستحيل تذكره فيما يلي :

تعليق الطلاق على مستحيل :

قال صاحب المغنى : فإن علق الطلاق على مستحيل فقال : أنت طالق

(١) متهم الإرادات إيهوتى ج ٣ ص ١٧٠ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المغنى لابن قدامة ٧٠ ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ طبع مطبعة الإمام بالمشيئة بالقاهرة

إن قتلت الميت ، أو شربت الماء الذى فى الكوز ولا ماء فيه ، أو جمعت بين الضدين ، أو كان الواحد أكثر من اثنين ، أو على ما يستحيل عادة ، كقوله : إن طرت ، أو صعدت إلى السماء ، أو قلبت الحجر ذهباً ، أو شربت هذا النهر ، أو حملت الجبل ، أو شاء الميت ، فقيه وجهان : أحدهما : يقع الطلاق فى الحال ؛ لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملة ، ويمنع وقوعه فى الحال ، وفى الثانى ، فلم يصح ؛ كاستثناء الكل ؛ كما لو قال : أنت طالق طلقة لاتقع عليك ، أو لا تنقص عدد طلاقك .
الثانى : لا يقع الطلاق ؛ لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد ، ولأن ما يقصد تبعيده ، يعلق على المحال كقوله :

إذا شاب الغراب أتيت أهلى . . وصار القار كاللبن الحليب
أى لا أتيتهم أبداً . وقيل : إن علقه على ما يستحيل عقلاً وقع فى الحال ؛ لأنه لا وجود له فلم تعلق به الصفة ، وبقي مجرد الطلاق فوق . وإن علقه على مستحيل عادة ؛ كالطيران وصعود السماء ، لم يقع ؛ لأنه له وجود ، وقد وجد جنس ذلك فى معجزات الأنبياء عليهم السلام ، وكرامات الأولياء ، لحاز تعليق الطلاق به ، ولم يقع قبل وجوده . فأما إن علق طلاقها على نقي فعل المستحيل فقال : أنت طالق إن لم تقتل الميت ، أو تصعدى السماء ، طلقت فى الحال ؛ لأنه علقه على عدم ذلك ، وعدمه معلوم فى الحال وفى الثانى ، فوقع الطلاق ؛ كما لو قال : أنت طالق ، إن لم أبع عبدي ، فأت العبد . وكذلك لو قال : أنت طالق لأشربن الماء الذى فى الكوز ، ولا ماء فيه ، أو لأقتل الميت ، وقع الطلاق فى الحال ؛ لما ذكرناه . وحكى أبو الخطاب عن القاضى أنه لا يقع طلاقه ، كما لو حلف ليصعدن السماء ، أو ليطيرن فإنه لا يحنث . والصحيح أنه يحنث ؛ فإن الخالف على فعل الممتنع ، كاذب ، حائث ، قال الله تعالى : « وأقسموا بالله جيد إيمانهم ، لا يبعث الله من يموت » إلى قوله تعالى : « وليدنا

الذين كفروا أنهم كانوا كاذبين ، ولو حلف على فعل متصور فصار بمنعاً
حنث بذلك فلأن يحث بكونه بمنعاً حال يمينه أولى^(١) .

تخصيص اليمين يقبل ديانة :

إذا حلف رجل يميناً على فعل بلفظ عام ، وأراد به شيئاً خاصاً ؛ مثل
أن حلف لا يقتل الليلة ، وأراد الجنابة . أو لا قربت لي فراشا ، وأراد
ترك جماعها . أو قال : إن تزوجت فبعدي حر ، وأراد امرأة معينة ، أو
قال : إن دخل إلى رجل أو أحد قمارأي طالق ، وأراد رجلاً بعينه . أو
حلف لا يأكل خبزاً ، يريد خبز البر ، أو لا يدخل داراً يريد دار فلان ،
أو قال : إن خرجت فأنت طالق ، يريد الخروج إلى الحمام . أو قال : إن
مشيت ، وأراد استطلاق البطن ، فإن ذلك يسمى مشياً قال النبي صلى الله
عليه وسلم لامرأة : « ثم تستمشين » ويقال : شربت مشياً ، ومشواً ، إذا شرب
دواء يمشيه ، فإن يمينه في ذلك على ما نواه ، ويدين فيما بينه ، وبين الله
تماماً ؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله ، فقبل كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق
وقال : أردت بالثانية التوكيد .

قبول ادعاء تخصيص اليمين قضاء :

أما قول قول الرجل : إنه أراد يمينه شيئاً خاصاً مع أن اليمين على فعل
يلفظ عام في الحكم ، فإنه يخرج على روايتين :

الأولى : قبول قول الرجل ، فقد نقل عن أحمد في الظهار فيمن قال
لامرأته : إن قربت لي فراشا ، فأنت على كظهر أمي ، فجاءت فقامت على
فراشه ، فقال : أردت الجماع أنه لا يلزمه شيء .

الرواية الثانية

أما الرواية الثانية فتضيد عدم قبول قول الرجل . وقال الشافعي ، ومحمد
ابن الحسن من الأحناف : لا يقبل قول الرجل في الحكم في هذا كله ، لأنه
خلاف الظاهر .

(١) المتن لابن قدامة الحبلى ج ٧ ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ .

اختصاص اليمين بسببها :

من حلف يميناً عامة لسبب خاص هل تختص يمينته بسبب اليمين
في المذهب روايتان^(١) :

الأولى

أن اليمين تختص بسببها فقد روى عن أحمد ما يدل على أن اليمين تختص
بما وجد فيه السبب ؛ لأن الظاهر أن الحالف أراد السبب ، فاختصت
يمينته به ، كما لو نواه ؛ فن حلف لعامل ألا يخرج إلا بإذنه فمزل فإن
يمينته تنحل ؛ لأنه إنما حلف عليه ، لكونه عاملاً له . وقال الخرقي -
بعد أن ذكر الرواية المنسوبة إلى أحمد - : فإن لم يكن له نية رجوع إلى
سبب اليمين ، وما هيجه ؛ فظاهر هذا أن يمينه مقصورة على محل السبب -
وهذا هو قول أصحاب أبي حنيفة^(٢) .

الثانية :

وروى عن أحمد ما يدل على أن يمينه تحمل على العموم فيمن قال :
قته على أن لا اصيد في هذا النهر لظلم رأه فتغير حاله . فقال المنذر : يوفى به ؛
وذلك لأن اللفظ دليل الحكم ، فيجب اعتباره في الخصوص ، والعموم ،
كما في لفظ الشارع^(٣) .

اعتراض على الرأي الثاني ورد لدليله :

قال صاحب المغني : « ووجه الأول : أن السبب الخاص يدل على
قصد الخصوص ، ويقوم مقام النية عند عدمها ؛ لدلالته عليها ، فوجب
أن يختص به اللفظ العام كالتنية . وفارق لفظ الشارع ؛ فإنه يريد بيان

(١) المغني لأبي قدامة ج ٧ ص ٤٠٨ .

(٢) راجع المغني لأبي قدامة الحنبلي ج ٧ ص ٤٠٨ طبع مطبعة الامام بالمشيخة بالقاهرة -
والمرح الكبير على هامش المغني ج ٨ ص ٤٣٢ .

(٣) المرجع الكبير على هامش المغني لأبي قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٤٣٢ .

الاحكام فلا يختص بعمل السبب لكون الحاجة داعية الى معرفة الحكم في غير محل السبب (١) .

تفريع على ما تقدم :

وتفريعا على ما تقدم ما تقدم : لو أن رجلا قامت امرأته لتخرج ؛ فقال : إن خرجت فأنت طالق ، فرجعت ثم خرجت بعد ذلك ، ولو أن إنسانا دعا رجلا إلى غدائه ؛ فقال : امرأتى طالق إن تغديت ، ثم رجع فتغدى في منزله ، لم يبحث على الرأى الأول ، وبحث على الثانى (٢) .

للقرآن دخل في التخصيص :

قال القاضى : لو أن رجلا قال : إن دخل دارى أحد فامرأتى طالق فدخلها هو لا يقع عليها الطلاق ؛ لأن قرينة المتكلم تدل على أنه إنما يخلف على غيره ، ويمنع من سواه فيخرج هو من العموم بالقرينة ، ويخرج المخاطب من اليمين بها أيضا .

رأى آخر :

وقال صاحب المغنى فى المسألة السابقة : إن هناك احتمالا أن يبحث الحالف باليمين السابقة ، أخذا بعموم اللفظ ، وإعراضا عن السبب كما سبق بيان ذلك الاحتمال فيمن حلف يميننا عامة لسبب خاص وله نية .

العرف يعتد به :

قال الحنابلة : إن العرف يعتد به فى بيان حصول المخولف عليه أو لا . فمن قال لامرأته : إن وطئتك فأنت طالق انصرفت يمينته إلى جماعها ؛ لأن الوطء إذا أضيف إلى المرأة كان فى العرف عبارة عن الجماع . ولهذا يفهم منه الجماع فى لفظ الشارع فى مثل قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ٧ ص ٤٠٨ طبع مطبعة الامام بالمشاية بالقاهرة ،

(٢) المصدر السابق ذات الجزء ، والمفصلة .

حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضه ، فيجب حمل الوطء عند الإطلاق على الجماع ، إعمالا للعرف كسائر الأسماء العرفية ؛ من الظامنة ، والرواية ، وأشباههما . ولا يحث حتى تغيب الحشفة في الفرج . ومن حلف ليجامعها ، أو لا يجامعها ، انصرف يمينه إلى الوطء في الفرج ، ولم يحث بالجماع فيما دون الفرج ، وإن أنزل ؛ لأن مبنى الإيمان على العرف . والعرف ما قلناه .

أثر اعتبار العرف :

وفرع الحنابلة على ما تقدم أيضا ؛ فقالوا : إن من حلف لأتفضضتك ، فأتفضضا بإصبع ، لم يحث ؛ لأن المهود من إطلاق هذه اللفظة وطء البكر . ومن حلف على امرأة لا يملكها ألا ينكحها فيمينه على العقد ؛ لأن إطلاق النكاح ينصرف إليه لكن لو كان يملكها بنكاح ، أو بملك يمين فاليمين في هذه الحالة تنصرف إلى وطئها ؛ لأن قرينة الحال صارفة عن العقد عليها ، لكونها معقودا عليها .

وقال الحنابلة أيضا : لو حلف الرجل قائلا لزوجته : إن تركت هذا الصبي يخرج فأت طالق ، فانفلت الصبي بغير اختيارها لم يخرج فإن كان نوى ألا يخرج فقد حث ، وإن نوى ألا تدعه لم يحث . نص أحمد على معنى هذا . وذلك لأن اليمين إذا وقعت على فعلها فقد فسل الخروج عن غير اختيار منها ، فكانت كالملكه ، إذا لم يمكنها حفظه ومنعه ، وإن نوى فعله فقد وجد ، وحث . وإن لم تعلم نية ، انصرفت يمينه ، إلى فعلها ، لأنه الذي تناوله لفظه ، فلا يحث ، إلا إذا خرج بتفريطها في حفظه أو اختيارها .

طلاق غير المدخول بها :

القاعدة عند الحنابلة أن كل طلاق يترتب في الوقوع ، وبآتي بعضه بعد بعض ، لا يقع بغير المدخول بها ، منه ، أكثر من طلقة واحدة ؛ لأنه طلاق

مفرق في غير المدخول بها، فتبين بطلقة؛ لأنه لا عدة عليها، فتصادفها الطلقة الثانية بانئا، فلم يمكن وقوع الطلاق بها؛ لأنها غير زوجة، وإنما تطلق الزوجة. وقد انعقد الإجماع على ذلك. أما غير المدخول بها فيقع ثلاث إذا أوقعها بمثل قوله: أنت طالق، فطالق، فطالق. أو قوله: أنت طالق، ثم طالق، ثم طالق، أو أنت طالق، ثم طالق، وطالق، أو فطالق، أو فطالق، وأشبه ذلك؛ لأن هذه حروف تقتضي الترتيب، فتقع بها الأولى فتبينها فتأتي الثانية، فتصادفها بانئا غير زوجة فلا تقع بها، وأما المدخول بها فتأتي الثانية فتصادف محل النكاح فتقع، وكذلك الثالثة. وكذلك لو قال: أنت طالق، يل طالق، وطالق. ذكره أبو الخطاب. ولو قال: أنت طالق طلقة قبل طلقة، أو بعد طلقة، أو بعدها طلقة، أو طلقة، فطلقة، أو طلقة، ثم طلقة، وقع بغير المدخول بها طلقة، وبالمدخول بها طلقتان؛ لما ذكرنا من قبل من أن هذا يقتضي طلقة بعد طلقة.

أنت طالق طلقة قبلها طلقة :

وإن قال: أنت طالق طلقة قبلها طلقة ففي المذهب آراء نعملها فيما يلي:

١ - الرأي الراجح :

نقل عن القاضي أنه يقع بالعبارة السابقة طلقة واحدة بغير المدخول بها. وطلقتان بالمدخول بها. وعلى القاضي لهذا الرأي فقال :

إن هذا طلاق بعضه قبل بعض. فلم يقع بغير المدخول بها جميعه كما لو قال: طلقة بعد طلقة. ولا يمتنع أن يقع المتأخر في لفظه متقدما كما لو قال: طلقة بعد طلقة، أو قال: أنت طالق طلقة غدا وطلقة اليوم فإنه لو قيل جاء زيد بعد عمرو، أو جاء زيد وقبله عمرو، أو أعط زيدا بعد عمرو كان كلاما صحيحا يفيد تأخير المتقدم لفظا عن المذكور بعده وليس هذا إيقاعا للطلاق في زمن ماض وإنما يقع إيقاعه في المستقبل مرتبا على الوجه

الذى رتبته . ولو قدر أن احدهما موقعة في زمن ماض لا متع وقوعها وحدها ووقعت الأخرى وحدها وهذا الرأى يوافق ظاهر مذهب الشافعى .

رأى آخر :

وقال أبو بكر : إذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق طلقه قبلها طلاق . يقع طلقتان في المدخول بها ، وغير المدخول بها . وهذا الرأى يوافق قول أبى حنيفة .

توجيه هذا الرأى :

وقد علل لهذا الرأى : بأنه استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة ، فوقعت معها ، لأنها لما تأخرت عن الزمن الذى قصد إيقاعها فيه لكونه زمنا ماضيا وجب إيقاعها في أقرب الأزمنة إليها وهو معها ، ولا يلزم تأخرها إلى مابعداها ، لأن قبله زمن يمكن الوقوع فيه وهو زمن قريب ، فلا يؤخر إلى البعيد مع إمكان القريب ^(١) .

المذهب الظاهرى

تأثير النية في عدد الطلقات :

للظاهرية رأى بالنسبة لتأثير النية في المدخول بها ، وغير المدخول بها في عدد الطلقات التى يصح أن تكون محلا لوقوعها على المطلقة فتارة يسوون بين المدخول بها وغير المدخول بها ، وتارة أخرى يفرقون . وتفصيل ذلك ما يأتى :

يعتد بالنية :

قال الظاهرية : من قال : أنت طالق ، ونوى اثنتين ، أو ثلاثا ، فهو كمن نوى ، سواء قال ذلك ، ونواه في موطأة ، أو في غير موطأة : وإن

(١) المنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٤١٦ .

لم ينو عددا من الطلاق فهي واحدة : لأنها أقل الطلاق فهي اليقين الذي لا شك فيه أنه يلزمه .

دليل ما تقدم

واستدل الظاهرية لقولهم السابق بالسنة والمعقول فقالوا :

السنة

أما السنة فنحن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى » .

وجه الاستدلال

بين الحديث أن حجة العمل وتحققه متروكة على نية فاعله ، وأن كل امرئ يحاسب ويجازى على عمله طبقا لما نواه وقصده وأراده من العمل الذي قام به . ولهذا كانت النية آثار هامة في مسائل متعددة ؛ فقد يصبح المباح ، محرما ومحرم ما اعتبرا واعتادا على النية من إتيان هذا المباح . وكذلك قد يصبح الحرام أخذا حكم الحلال المباح استعماله شرعا حسب النية من الإتيان به .

المعقول

أما المعقول فقد وضعه ابن حزم بقوله : « إنما قد ذكرنا أن طلاق الثلاث مجموعة سنة ، وأن اسم الطلاق يقع عليها ، وعلى الثنتين ، وعلى الواحدة ، فإذا ذلك كذلك ، فهو مانع من عدد الطلاق » .

إذا لم ينو عددا

أما إذا لم ينو عددا من الطلاق بقوله : « أنت طالق » ، فيقع طلاق واحدة ؛ لأنها أقل الطلاق . فهي اليقين الذي لا شك فيه أنه يلزمه . ولا يجوز أن يلزم زيادة بلا يقين .

دليل ابن حزم:

فمن روينا عنه مثل قولنا من طريق سعيد بن منصور حدثنا عتاب ابن بشير عن خفيف عن زياد بن أبي مریم عن ابن مسعود فيمن طلق امرأته ثلاثا ، ولم يكن دخل بها قال : هي ثلاث . فإن طلقها واحدة ، ثم ثنى ، ثم ثلث ، لم يقع عليها ؛ لأنها قد بانث بالاولى . وصح هذا عن خلاص ، وإبراهيم النخعي في أحد أقواله ، وطاووس ، والشعبي ، وعكرمة ، وأبي بكر عبد الرحمن بن الحارث بن هشام . وحاد بن أبي سليمان . ورويناه عن مسروق ، ورويناه عن طريق الحجاج بن المنهال بسند ينتهي إلى مطرف بن طريف الذي قال : سألت الحكم بن عتيبة عن قال لامرأته : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، يعني : ولم يكن دخل بها . قال : تبين بالتطبيق الأولى . والتتان التي أتبع ليستا بشيء . فقلت له : عن تحفظه قال : عن علي بن أبي طالب ، وعبد الله بن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وزويناه أيضا عن ابن عباس ، وهو قول سفيان الثوري ، والحسن بن حي ، وأبي حنيفة والشافعي ، وأبي ثور ، وأبي عبيد ، وأحمد بن حنبل ، وأبي سليمان ، وأصحابهم .

مناقشة ابن حزم أدلة مخالفه

قال ابن حزم : إن الروايات التي استدلت بها أصحاب الرأي القائل بالتفريق بين تكرار لفظ الطلاق في مجلس واحد أو في عدة مجالس — وقالوا بلزوم الطلاق في المجلس الواحد سواء فرق كل طلاقين بسكتة أو لم يفرق — وبعدم لزوم الطلاق إذا كان في مجالس شتى إلا ما كان في المجلس الأول — إن الذي قيل كدليل لهذا الرأي كلها روايات لا يبان فيها ؛ فقد روى من طريق سعيد بن منصور بسند ينتهي إلى عطاء بن أبي رباح وساجر بن زيد أنها قالوا جميعا : إذا طلقت البكر ثلاثا فهي واحدة — ونقل عن الحسن في . طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول بها : أنه إن شاء

خطبها . كما نقل عن عطاء بن يسار أنه سئل عن طلاق امرأته ثلاثا قبل أن يمسيها ، أنه قال : طلاق البكر واحدة — وكل هذه الروايات لم يبين فيها هل الطلاقات كانت مفردة أم مجموعة ، والله أعلم بمرادهم — أما ما قيل من أن ابن عباس سأله رجل من مزينة طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول — وكان أبو هريرة عند ابن عباس حينئذ — فقال أبو هريرة له : واحدة تبينها ، وثلاث تحرمها فصوبها ابن عباس . فهذه الرواية مطعون فيها بعدم الصحة ؛ لأن في سندها عمر بن راشد وهو ضعيف .

أما ما نقل أن عبد الله قال فيمن طلق امرأته البكر : واحدة تبينها ، وثلاث تحرمها ، ونحو ذلك ، عن أم سلمة أم المؤمنين ، وعلى بن أبي طالب فلا دليل فيها ؛ لأنها لم تبين أمفرقة هي أم مجموعة — ويقول ابن حزم : وبذلك كانت كل الأقوال المخالفة لا تستند إلى برهان ، فسقطت ، فصح قولنا ؛ لأنه بتبهم قوله لها : أنت طالق بآنت ، وحل لها زوج غيره ، ولو مات لم ترثه ، ولو ماتت لم يرثها ، وليست في عدة منه ، فطلاقه لها لغو ساقط وبالله التوفيق ^(١) .

التطليق ثلاثا بلفظ واحد :

ولو قال لزوجته التي لم يدخل بها : أنت طالق ثلاثا : فإن قال لها ذلك ناويا في قوله : أنت طالق ، أنها ثلاث ، فهي ثلاث . فإن لم ينو ذلك لكن نوى الثلاث ، إذ قال ثلاثا ، لم يقع سوى طليقة واحدة ؛ لأنه بتبهم قوله : أنت طالق بآنت منه فصار قوله ثلاثا لغوا لامي معنى له ^(٢) .

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٧٦ مسألة ١٩٥١

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٧٦ مسألة ١٩٥٢

من طلق في نفسه دون أن يتلفظ

قال ابن حزم : ومن طلق في نفسه لم يلزمه الطلاق . واستدل لذلك بالسنة والمعقول ؛ فقال :

السنة :

أما السنة فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « عني لأمتي عما حدثت به نفسها ما لم يخرجها بقول أو عمل » (١)

وجه الاستدلال :

أبان الحديث الشريف أن حديث النفس ساقط ما لم ينطق به وقد وردت عدة روايات تفيد المعنى المذكور . فمن ذلك ما روى عن عطاء أنه قال : إذا طلق في نفسه فليس بشيء ، ونقل عن أبي الشعثاء ، جابر بن زيد ، أنه قال : إذا طلق في نفسه فليس بشيء ، كما نقل أن رجلا طلق امرأته في نفسه فأنزعت منه فقال جابر بن زيد : لقد ظلم .

المعقول :

قال ابن حزم : الفرض ، والورع ألا يحكم حاكم ، ولا يفنى مفت بفراق زوجة عقد نكاحها بكتاب الله عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم بغير قرآن أو سنة ثابتة — ومن نوى الطلاق ، ولم يلفظ به ، أو لفظ به ولم ينو فليس طلاقا ؛ لأن النكاح رابطة قوية فلا تنضم إلا بعمل مبنى على قصد ونية ، حتى لا يتعرض الأمر للضياع والفساد .

مناقشة ابن حزم للالكية :

قال ابن حزم : إن هناك قولاً روى عن الزهري وزواه أشهب عن

مالك يفيد أن الطلاق يقع فيما لو نوى الطلاق ولم يلفظ به . فمن طلق في نفسه وقع طلاقه . واستدل أصحاب هذا الرأي بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات ، ولكل أمرىء ما نوى » .

قال ابن حزم : وهذا الخبر حجة لنا عليهم ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لم يفرد فيه النية عن العمل ، ولا العمل عن النية ، بل جمعهما جميعا ، ولم يوجب حكما بأحدهما دون الآخر . وهكذا نقول : إن من نوى الطلاق ولم يلفظ به ، أو لفظ به ولم ينوّه فليس طلاقا إلا حتى يلفظ به ، وينويه إلا أن يخص نص شيئا من الأحكام بالزامه بنية دون عمل ، أو بعمل دون نية فننقض عنده - وقال ابن حزم : إن القول بأن النية معتبرة شرعا في بعض الأمور الهامة فنعتقد الكفر بقلبه فهو كافر وأن لم يلفظ به ، فكذلك الطلاق وإن المصّر على المعاصي حاص آثم معاقب بذلك ، وأن من قذف محصنة في نفسه فهو آثم ، ومن اعتقد عداوة مؤمن ظلما فهو حاص لله عز وجل ، وإن لم يظهر ذلك بقول أو فعل ، ومن أعجب بعله أو رأى فهو هالك ... كل ذلك لا دليل فيه على اعتبار أن المطلق في نفسه متلفظا بالطلاق ، وذلك لأن اعتقاد الكفر قد جهأ بخصوصه نص قرآني قال تعالى : « يا أيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون في الكفر من الذين قالوا آمنا بأفواههم ولم تؤمن قلوبهم » ، فخرج هؤلاء بنصرص القرآن والسنن عما عني عنه . والعفو عن حديث النفس إنما هو عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم^(١) فضيلة لهم بنص الخبر ، ومن أسر الكفر فليس من أمته صلى الله عليه وسلم ، فهو خارج عن هذه الفضيلة . وأما المصّر على المعاصي فليس بصحيح أنه آثم ؛ كما يدعى ؛ فقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من هم بسيفته فلم يعملها لم تكتب عليه » ، فصح أن المصّر الآثم بإصراره هو الذي عمل السيئة ثم أصر

عليها ، فهذا جمع نية السوء ، والعمل السوء معا . وأما من قذف محصنة في نفسه فقد نهاه الله عز وجل عن الظن السوء ، وهذا ظن سوء يخرج عما عني عنه بالنص ، ولا يحل أن يقاس عليه غيره ، فيخالف النص الثابت في عفو الله عز وجل عن ذلك . وأما من اعتقد عداوة مسلم فإن لم يضره بعمل ، ولا بكلام ، فإنما هو بغضة ، والبغضة التي لا يقدر المرء على صرفها عن نفسه لا يؤاخذ بها ؛ فإن تعدد ذلك فهو حاص : لأنه مأمور بموالاة المسلم ومحبة ، فتعدى ما أمره الله تعالى به ، فلذلك أثم ، وهكذا الرياء والعجب ، وقد صح النهي عنهما . ولم يأت نص قط بإلزام طلاق ، أو عتاق ، أو رجعة أو هبة ، أو صدقة بالنفس لم يلفظ بشيء من ذلك ، فوجب أنه كله لغو (١)

تكرار الطلاق إعلاما وإخبارا

قال الظاهرية : ومن طلق امرأته ثم كرر طلاقها لكل من لقيه مشهدا أو غيرا فهو طلاق واحد لا يلزمه أكثر من ذلك (٢).

على المرأة أن تمنع نفسها :

قال ابن حزم : ومتى أيقنت المرأة من أن زوجها طلقها ثلاثا ، أو آخر ثلاث ، أو دون ثلاث ، ولم يشهد على مراجعتها لها حتى تمت عدتها ، ثم أمسكها معتديا ففرض عليها أن تهرب عنه ، إن لم تكن لها بينة . فإن أكرهها فلها قتله دفاعا عن نفسها ، وإلا فهو زنى منها ، إن أمكنته من نفسها . وهو أجنبى كعابر السبيل لحكمه في كل شيء . حكم الأجنبي .

(١) المحل لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠٠

(٢) المحل لابن حزم ج ١٠ ص ٢١٨

تعليق الطلاق

تعليق الطلاق على مشيئة الله :

يرى الظاهرية عدم وقوع الطلاق إذا علقه على مشيئة الله. وتفرعاً على ذلك قالوا إذا قال رجل لزوجته : أنت طالق إن شاء الله ، أو قال : إلا إن يشاء الله ، أو قال : إلا أن يشاء الله . أو قال : إلا ألا يشاء الله فكل ذلك سراء ، لا يقع بشيء من ذلك طلاق .

الدليل

استدل الظاهرية على عدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله بالقرآن الذي منه قوله تعالى : (ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله) وقوله تعالى : (وما تشاءون إلا أن يشاء الله) وقالوا : إننا نعلم أن الله تعالى لو أراد إمضاء هذا الطلاق ليسره بإخراجه بغير استثناء فصح أنه تعالى لم يرد وقوعه إذ يسره بتعليقه بمشيئته عز وجل .

تعليق الطلاق على مشيئة إنسان

ويفهم من كلام ابن حزم أن تعليق الطلاق على مشيئة الإنسان يجعل الطلاق غير واقع ؛ فقد نقل ابن حزم أقوال مخالفيه في موضوع تعليق الطلاق على المشيئة فقال : روى عن أبي ليلى : إن طلق واستثنى فالطلاق واقع ، وإن أخرجه مخرج اليمين فله استثنائه . وقال مالك : فإن قال : أنت طالق إن شاء زيد أو قال : إلا أن لا يشاء زيد ، أو إلا أن يشاء زيد ، فإنها لا تطلق إلا أن يشاء زيد واحتجوا لذلك بأن مشيئة زيد تعرف ومشيئة الله تعالى لا تعرف . ورد ابن حزم على ذلك فقال : قال أبو محمد : وهذا باطل بل مشيئة زيد لا يعرفها أحد غيره وغير الله تعالى ؛ لأنه قد يكذب .

وأما مشيئة الله تعالى فمعروفة بلا شك ؛ لأن كل ما نفذ فقد شاء الله تعالى كونه ، وما لم ينفذ فلا نشك أن الله تعالى لم يشأ كونه . (١)

إضافة الطلاق إلى زمن أو تعليقه على شيء

يرى الظاهرية أن الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل لا يقع لافي الحاضر ولا في المستقبل ؛ فن قال لأوجهه : إذا جاء رأس الشهر فأن طالق أو ذكر وقتنا ما فلا تكون طالقا بذلك لا الآن ، ولا إذا جاء رأس الشهر ؛ لأن ذلك لم يأت به قرآن ولا سنة ، فقد علمنا الله الطلاق على المدخول بها ، وفي غير المدخول بها . وليس هذا فيما علمناه ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه . والقاعدة العامة في المذهب : أن كل طلاق لا يقع حين إيقاعه ، فن المحال أن يقع بعد ذلك في حين لم يوقعه فيه .

مناقشة الظاهرية أدلة مخالفهم

ناقش ابن حزم آراء الفقهاء الذين خالفوه فقال : (٢) ومن قال : إذا جاء رأس الشهر فأن طالق ، أو ذكر وقتنا ما . . . وقد اختلف الناس في هذا فقالت طائفة من طلق إلى أجل لم يقع بذلك الطلاق إلا إلى ذلك الأجل . . . فقد نقل عن ابن عباس أنه كان يقول : من قال لامرأته : أنت طالق إلى رأس السنة ، إنه يطؤها ما بينه وبين رأس السنة ، ونقل عن عطاء أنه قال : من قال لامرأته : أنت طالق إذا ولدت فله أن يصيبها ما لم تلد ، ولا تطلق حتى يأتي الأجل وكذلك من قال : إلى سنة وروى عن جابر بن زيد أبي الشعثاء أنه قال : هي طالق إلى الأجل الذي سمي وتحل له ما دون ذلك . وروى عن سفيان الثوري أنه قال : من قال لامرأته إذا حضت حيضة فأن

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢١٨ .

(٢) (٣) د د د ج ١٠ ص ٢١٣ ، ٢١٤ ، ٢١٥ .

طالتي . فأتيا إذا دخلت في الدم طلقت عليه . فإن قال لها متى حضت
حيضة فأنت طالتي فأتيا لا تطلق حتى تغتسل من آخر حيضتها ؛ لأنه
يراجعها حتى تغتسل وبأن لا يقع الطلاق المؤجل إلا إلى أجله
وهناك قول آخر : وهو أن الطلاق يقع في الحال ساعة التلفظ به .
ونقل هذا القول عن سعيد بن المسيب فيمن طلق امرأته إلى أجل قال :
يقع الطلاق ساعتئذ ولا يقربها وقول ثالث يفرق بين تعليق الطلاق
على شيء وبين إضافته إلى زمن ، فقد نقل قتادة عن الحسن أنه قال : إذا
قال : أنت طالتي إذا كان كذا لأمر لا يدرى أن يكون أو لا ، فليس بطلاق
حتى يكون ذلك ، ويطؤها فإن ماتا قبل ذلك توارثا . فإن قال : أنت طالتي
إلى سنة ، فهي طالتي حين يقول ذلك . وهو قول مالك . وقول رابع
روى عن ابن أبي ليلى فيمن قال لامرأته : أنت طالتي إلى رأس الهلال
قال : اتخوف أن يكون قد طلقها . فوجدنا من حجة من قال بأنه وقع عليه
الطلاق الآن ، أنهم قالوا : هذا الطلاق إلى أجل فهو باطل ، كالنكاح إلى
أجل . فقلنا لهم فلم قلتم : إنه إن قال : إن دخلت الدار فأنت طالتي أنها
لا تطلق إلا بدخول الدار . فإنه طلاق إلى أجل فأوقعتموه حين لفظ به .
وبهذا نعارضهم في قولهم : إن ظاهر أمره أنه ندم إذ قال : أنت طالتي فأنتبع
ذلك بالأجل فيلزمهم ذلك فيمن قال : أنت طالتي إن دخلت الدار . وهو
قول صح عن شريح فالزومه الطلاق دخلت الدار أو لم تدخله . وقالوا إذا
قال : أنت طالتي ، فالطلاق مباح ، فإن أتبعه أجلا فهو شرط ليس في كتاب
الله تعالى ، فهو باطل ؛ فقلنا : بل ما طلاقه إلا فاسدا لا مباح ؛ إذ علقه
بوقت . ولا يجوز إلزامه بعض ما ألزم دون سائر ، فظهر فساد هذا القول .
ويكنى من هذا أنه تحریم فرج بالظن على من أباحه الله تعالى له باليقين ونعوذ
بالله من هذا . ولا نجد لمن فرق بين الأجل الآتي ، والابد ، وبين الأجل
الذي لا يأتي ، حجة أصلا ، غير دعواه ، لا سيما وهم يفسدون النكاح إذا

أجل الصداق إلى أجل قد يكون ، وقد لا يكون . بعكس قولهم في الطلاق ، وكلا الأمرين أجل ولا فرق ، وأيضا فقد يأتي الأجل الذي قالوا فيه : إنه يحىء وهو ميت ، أو هو ميت ، أو كلاهما ، أو قد طلقها ثلاثا ، فظهر فساد هذا القول جملة وبالله التوفيق . . . ثم نظرنا فيما يحتاج به من أجاز ذلك وجعل الطلاق يقع إذا جاء الأجل ، لا قبل ذلك بأن قال : قال الله تعالى : «وأفوا بالعقود» . فقلنا : إنما هذا في كل عقد أمر الله تعالى بالوفاء به ، أو نذب إليه ، لا في كل عقد جملة ، ولا في معصية ، ومن المدهم أن يطلق بخلاف ما أمر الله تعالى فلا يحل الوفاء به . وقالوا : «المسلمون عند شروطهم» وهذا كالذي قبله ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل» ، والطلاق إلى أجل مشروط بشرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل . وقالوا : نقيس ذلك على المدائنة إلى أجل ، والعتق إلى أجل ؛ فقلنا^(١) : القياس باطل ، ثم لو كان حقا لكان هذا منه باطلا ؛ لأن المدائنة ، والعتق قد جاء في جوازهما إلى أجل النص ، ولم يأت ذلك في الطلاق ، ثم لو كان القياس حقا لكان هذا منه باطلا ؛ لأنكم تجمعون على أن النكاح إلى أجل لا يجوز ، وأن ذلك النكاح باطل فهلا قسم الطلاق إلى أجل على ذلك . وقالوا : قد أجمعوا على وقوع الطلاق عند الأجل ؛ لأن من أوقعه حين نطق به فقد أجاهزه فالواجب المصير إلى ما اتفقوا عليه فقلنا هذا باطل ، وما أجمعوا قط على ذلك ؛ لأن من أوقع الطلاق حين لفظ به المطلق لم يحجز قط أن يؤخر إيقاعه إلى أجل . والذين أوقعوه عند الأجل لم يميزوا إيقاعه حين نطق به ، وقالوا : هذا قول صاحب لا يعرف له من الصحابة مخالف . فقلنا :

(١) المحل لابن حزم ج ١٠ ص ٢١٤ . ٢١٥ .

هذا من رواية أبي العطف الجراح بن المنهال الجزري . وهو كذاب مشهور
بوضع الحديث ، فبطل هذا القول ، أيضا ، والحمد لله رب العالمين .

تفويض الطلاق للمرأة

يرى الظاهرية أن من جعل لزوجته أن تطلق نفسها لم يلزمه ذلك ،
ولا تكون طالقا سواء طلقت نفسها أو لم تطلق ؛ لأن الطلاق ؛ إنما جعله
الله للرجال لا للنساء (١) .

الحلف بالطلاق والطلاق بالصفة

يرى الظاهرية أن اليمين بالطلاق لا يلزم . وسواء بر . أو حنث . لا يقع
به طلاق . ولا طلاق إلا كما أمر الله تعالى ، ولا يمين إلا كما أمر الله عز وجل
على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم .

الدليل على عدم وقوع الطلاق بالحلف به

استدل الظاهرية على عدم وقوع الطلاق بالحلف بقول الله عز وجل :
وذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم . كما استدلو بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم .
« من كان حالفا فلا يحلف إلا بالله » ، فكل حلف بغير الله عز وجل هو
معصية وليس يمينا . وقد قضى بعدم الطلاق على من حلف بالطلاق لحنث
في يمينه صحابي جليل هو علي بن أبي طالب ، فقد روى عنه رضى الله عنه
أن بعض الصحابة اختصموا إليه طالبين أن يطلق على الرجل امرأته حيث
حلف بالطلاق وحنث ، فلم يقض على بالطلاق فقد روى عن الحسن
أن رجلا تزوج امرأة وأراد سفرا فأخذ أهل امرأته لجعلها طالقا ، إن لم
يبعث بنفقتها إلى شهر فجاء الأجل ، ولم يبعث إليها بشئ . فلما قدم خاصموه
إلى علي فقال علي : اضطهدتموه حتى جعلها طالقا فردها عليه ، ونقل عن
شريح القاضي أنه خوصم إليه في رجل طلق امرأته إن أحدث في الإسلام
حدثا ، فأكررى بذلك إلى حمام أعين ، فتعدى به إلى أصهبان فباعه ،

واشترى به خيراً فقال شريح : إن شئتم شهدتم عليه أنه طلقها . فجعلوا يرددون القصة ، ويردد عليهم فلم يره حدثاً . وأخبر بن طاوس أن أباه كان يقول : الحلف بالطلاق ليس شيئاً ، فستل هل كان يمينا ؟ فقال : لأدري فهو لا . علي بن طالب وشريح ، وطاوس ، لا يقضون بالطلاق على من حلف به فنحن . ولا يعرف لعلي في ذلك مخالف من الصحابة رضي الله عنهم^(١) .

وقال ابن حزم : والطلاق بالصفة عندنا كما هو الطلاق باليمين . كل ذلك لا يلزم وبالله التوفيق . ولا يكون طلاقاً إلا كما أمر الله تعالى به وعليه وهو القصد إلى الطلاق . وأما ما عدا ذلك فباطل وتعد لحدود الله عز وجل . وقد ذكرنا . قول عطاء ، فبمن حلف بطلاق امرأته ثلاثاً إن لم يضرب زيداً فمات زيد ، أو مات هو : أنه لا طلاق عليه أصلاً ، وأنه يرث امرأته إن ماتت ، وترثه إن مات . وهذا هو قول أبي ثور .

رد أقوال المخالفين :

وقد ذكر ابن حزم أقوال أصحاب المذاهب الأخرى التي خالفته ثم فندما فقال : « وقال سفيان : الطلاق يقع بعد الموت — (فيما لو حلف الرجل بطلاق زوجته ثلاثاً أن لم يضرب زيداً فمات زيد ، أو مات هو) — وهذا خطأ ظاهر . وقال الشافعي : الطلاق يقع عليه ، والحديث في آخر أوقات الحياة . وهذه دعوى بلا برهان ، وقال مالك : يوقف عن امرأته وهو على حنث حتى يبر . وهذا كلام فاسد : لأنه إن كان على حنث فهو حائض ، فيلزمه أن تطلق عليه امرأته ، أو أن تلزمه الكفارة باليمين بالله ، وإلا فليس حائضاً ، وإذا لم يكن حائضاً فهو على بر ، ولا بد من أحدهما ، ولا سبيل إلى حاله نالته للمخالف أصلاً ، فصح أن قوله هو على حنث كلام لا يعقل وبالله التوفيق . وليت شعري !! لأي شيء يوقف عن امرأته ،

ولا تخلو من أحد وجهين : إما أن تكون حلالاً له فلا يحل توقفه عن الحلال ، أو تكون حراماً ، فلا تحرم عليه إلا بالحنث فليطلقها عليه ثم نقول لهم : من أين أجزتم الطلاق بصفة ، ولم تميزوا النكاح بصفة ، والرجعة بصفة ؛ كمن قال : إذا دخلت الدار فقد راجعت زوجي المطلقة ، أو قال : فقد تزوجتك . وقالت هي مثل ذلك ، وقال الولي مثل ذلك ولا سبيل إلى فرق . وبالله التوفيق^(١) .

تعليق الطلاق على الزواج :

قال الظاهرية : لا أثر لتعليق طلاق الرجل أجنبية عنه على زواجه بها فن قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق . أو قال : فهي طالق ثلاثاً فكل ذلك باطل . وله أن يتزوجها ولا تكون طالقاً . وكذلك لو قال : كل امرأة أنزجها فهي طالق . وسواء عين مدة قريبة . أو بعيدة . أو قبيلة ، أو بلدة ، كل ذلك باطل لا يلزم .

وبهذا القول قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه . فقد نقل عنه أنه قال : « لا طلاق إلا من بعد نكاح . وإن سماها فليس بطلاق ، وسئل عن رجل قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق ، فقال علي رضي الله عنه : « ليس طلاق إلا من بعد ملك » ، وروى مثل هذا عن ابن عباس فقد روى عنه أنه قال : « لا طلاق إلا من بعد نكاح » قال عطاء : « فإن حلف بطلاق ما لم ينكح فلا شيء » . قال ابن جريح : بلغ ابن عباس أن ابن مسعود يقول : « إن طلق ما لم ينكح فهو جائز » . فقال ابن عباس : « أخطأ في هذا ، إن الله عز وجل يقول : « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » ، ولم يقل إذا طلقتم المؤمنات ، ثم نكحتموهن — وعن جابر بن عبد الله يرفعه « لا طلاق قبل نكاح »^(٢) .

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢١٣ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠٥ .

رد شبه المجيزين لتعليق الطلاق :

وقد رد ابن حزم على من أجاز تعليق طلاق المرأة الأجنبية عنه على زواجه منها فقصد حجج أصحاب هذا الرأي ؛ فقال :

إن المجيزين لتعليق الطلاق على الزواج تمسكوا بأن التعليق للطلاق على الزواج جائز ؛ قياساً على النذر ، وامتناعاً لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »^(١) ، فالطلاق المعلق عقد على إزالة قيد النكاح مشروط بشرط — وقالوا أيضاً : أن تعليق الطلاق ، وإضافته إلى زمن معين ، جائز ؛ قياساً على الوصية — وكل هذا — كما يقول ابن حزم — فاسد للآتي :

أما القول بجواز التعليق قياساً على النذر فالقياس كله باطل . ثم لو صح لكان هذا منه باطلاً : لأن النذر جاء فيه النص ، ولم يأت في تقديم الطلاق قبل النكاح نص . والنذر شيء يتقرب به إلى الله عز وجل وليس الطلاق مما يتقرب به إلى الله عز وجل ، ولا مما ندب الله تعالى عباده إليه ، وحضهم عليه ، ومن المتفق عليه أن الرجل لو قال : على نذر الله تعالى أن أطلق زوجتي أنه لا يلزمه طلاقها ، وهذا مما يبطل القول بجواز تعليق الطلاق أو إضافته إلى زمن قياساً على النذر . أما القول بجواز تعليق الطلاق امتثالاً لأمر الله تعالى الوارد في قوله : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، فيرد عليه بأن الطلاق ليس من العقود اللازمة للوفاء بها لمن عقده على نفسه بمعنى عقد أن يطلق إلا أنه لم يطلق فليس الطلاق من العقود التي أمر الله تعالى بالوفاء بها قبل أن توقع . أما القياس على الوصية فهذا كما يقول ابن حزم من أرذل قياساتهم وأظهرها فساداً ؛ لأن الوصية نافذة بعد الموت ، ولو طلق الحى بعد موته لم يحزم ، والوصية قريبة إلى الله عز وجل بل هي فرض ، والطلاق ليس فرضاً ، ولا مندوباً إليه . ويقول ابن حزم : وما وجدنا لهم شعباً غير هذا ؛ وهو يقول لم يصح عن أحد من الصحابة

(١) الآية رقم ١ من سورة المائدة .

رضى الله تعالى عنهم وما روى عن عمر في هذا فروايات موضوعة ففيها
ياسين ، وهو هالك ، وفيها أبو محمد وهو مجهول ، ثم الرواية فيها انقطاع فهو
منقطع بين إبي سلة وعمر .^(١) ورد ابن حزم على القول القائل بجواز
تعليق الطلاق على الزواج إذا خص وبعدم إيقاع الطلاق إن عم فقال :
« ثم نظرنا في قول من ألزمه إن خص : ولم يلزمه إن عم فوجدناه
فرقا فاسداً ، ومناقضة ظاهرة ، ولم نجد لهم حجة أكثر من قولهم : إذا
عم فقد ضيق على نفسه . فقلنا ما ضيق . بل له في الشراء فسحة ، ثم هبك
أنه قد ضيق فأين وجدتم أن الضيق في مثل هذا يبيح الحرام ؟ وأيضاً فقد
يخاف في امتناعه من نكاح التي خص طلاقها إن تزوجها أكثر مما يخاف
لوعم لسكفه بها فوضح فساد هذا القول ، لتعريه عن البرهان جملة . ووجدناه
أيضاً لا يصح عن أحد من الصحابة ، لأنه إما منقطع ، وإما من طريق
محمد بن قيس المرهبي ، وليس بالمشهور . ثم رجعنا إلى قولنا فوجدنا الله
تعالى يقول : « إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدنهن ، وقال تعالى : (يا أيها
الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) فلم
يجعل الله الطلاق إلا بعد عقد النكاح ومن الباطل ألا يقع الطلاق حين
إيقاعه ، ثم يقع حين لم يوقعه إلا ببرهان واضح ووجدناه إنما طلق أجنبية ،
وطلاق الأجنبية باطل . والعجب أن المخالفين لنا أصحاب قياس يزعمهم ،
ولا يختلفون فيمن قال لامرأته : إن طلقك فأنت مرتجعة مني فطلقها ،
أنها لا تكون مرتجعة ، حتى يبندى النطق بارتجاعها لها ، ووجدناهم
لا يختلفون فيمن قال : إذا قدم أبي فزوجني من نفسك فقد قبلت
نكاحك ، فقالت : هي ، وهي مالكة أمر نفسها : وأنا إذا جاء أبوك فقد
تزوجتك ، ورضيت بك زوجاً . فقدم أبوه ، فإنه ليس بينهما بذلك نكاح
أصلاً . ولا يختلفون فيمن قال لآخر : إذا كسبت مالا فأنت وكيلي في

الصدقة به ، فكسب مالا ، فإنه لا يكون الآخر وتكلى الصدقة .
إلا حتى يبتدىء اللفظ بتوكيله . فلا ندرى - (مع هذا الذى ذكر) -
من أين وقع لهم جواز تقديم الطلاق ، والظهار قبل النكاح . وحسبنا الله
ونعم الوكيل ... ويقول ابن حزم : إنهم لا يختلفون فيمن قال لآخر :
زوجنى ابتك إن ولدت لك من فلانة ، فقال الآخر : نعم قد زوجتك
ابنتى إن ولدتها لى فلانة . فولدت له فلانة ابنة فإنها لا تكون له بذلك
زوجة ... ولا يختلفون فيمن قال لآخر : إذا وكلتني بطلاق امرأتك فلانة
فقد طلقها ثلاثا ، ثم وكله الزوج بطلاقها . أنها لا تكون بذلك طالقا ،
ولا يختلفون فيمن قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق ثلاثا فتزوجها
فطلقها إثر تمام العقد ثلاثا . ثم أتت بولد تمام سنة أشهر من حيث ذلك
فإنه لا حق به . وهذه كلها متناقضات فاسدة . وبالله التوفيق ^(١) .

الشيعة الإمامية

الطلاق المعلق

الطلاق المعلق لا يقع

يشترط الشيعة الإمامية ، لوقوع الطلاق ألا يكون معلقاً على شرط ،
أو صفة . وفسروا الشرط : بأنه ما أمكن وقوعه وعدمه ، كتعليق الطلاق
على قدوم مسافر ، أو على دخول المرأة الدار .

أما تعليق الطلاق على صفة فقد فسرهم فقهاء الشيعة الإمامية : بأنه
تعليق الطلاق على ما قطع بمحصله عادة كتعليقه على طلوع الشمس أو زوالها -
وما تقدم هو موضع اتفاق الشيعة الإمامية - قال الحلى : « ويشترط تجريده
عن الشرط ، والصفة ، واستثنى من ذلك على رأى الراجح فى المذهب حالة أن
يكون الشرط المعلق عليه الطلاق معلوم الوقوع للمعلق حال التلفظ بصيغة

تعليق الطلاق كقوله الرجل لزوجته : أنت طالق إن كان الطلاق يقع بك . وهو يعلم وقوعه ؛ لأنه حينئذ غير معلق فيقع الطلاق منجزاً في هذه الحالة^(١) .

تعليق الطلاق على المشيئة

وقال الإمامية بعدم وقوع الطلاق الممنق على مشيئة الله ، اعتباراً بأن هذا من قبيل الطلاق المعلق على شرط .

تعليق الطلاق على النكاح

قال الإمامية بعدم وقوع الطلاق المعلق على الزواج من أجنبية وقت التعليق . فالشرط عندهم في المطابقة هو الزوجية وقت التلفظ بصيغة الطلاق ، فلا يقع طلاق على أجنبية علق على الزواج منها ، ولو تحقق الشرط^(٢) .

لا يقع الطلاق بإفظ اختارى

يقول الإمامية : إنه لا يقع الطلاق بالتخير للزوجة بين الطلاق . والبقاء بقصد الطلاق ، وإن اختارت نفسها في الحال ؛ لأصالة بقاء النكاح وللرواية المنقولة عن الباقر (ع) : « إنما الطلاق أن يقول : أنت طالق » ... الخبر ، ويقول السادس (ع) « ما للناسر ، والخيار ؟ إنما هذه شىء خص الله به رسوله صلى الله عليه وسلم .

رأى آخر بالوقوع

وذهب ابن الجنيدي إلى أن الطلاق يقع بالتخير للزوجة بين الطلاق ، والبقاء بقصد الطلاق . واستدل برواية عن الباقر (ع) والخميرة تبين من ساعته من غير طلاق ، — وقد تناول أصحاب الرأى القائل بعدم وقوع الطلاق هذه الرواية المنسوبة للإمام الباقر بأنها محمولة على تخييرها بسبب غير الطلاق ، كتدليس ، وعيب ، جمعاً بين الروايتين^(٣) .

(١) راجع المختصر النافع ج ١ ص ١٩٨ — والروضة البهيّة شرح الدعة المصفية ج ٢ ص ١٤٨ .

(٢) الروضة البهيّة شرح الدعة المصفية ج ٢ ص ١٤٩ .

(٣) الروضة البهيّة شرح الدعة المصفية ج ٢ ص ١٤٨ .

تولى المرأة الطلاق

عبارة المرأة المكلفة معتبرة عند الإمامية فتعقد بها سائر التصرفات ،
فللمرأة مباشرة كافة العقود متى توافرت فيها الأهلية الكاملة . ولهذا قالوا :
يجوز لتوكيل الزوجة في طلاق نفسها ، وغيرها^(١) .

دليل هذا الرأي

واستدل الإمامية لرأيهم السابق بقولهم : إنه قد اتفق على أن المرأة متى
كانت كاملة الأهلية جاز لها أن تتولى التصرف في مالها فباشرتها الطلاق
جائز كما جاز توليها غسيره من العقود ؛ لأنها كاملة الأهلية . فلا وجه
لسلب عبارتها فيه .

اعتراض ورد عليه

وقد اعترض على الإمامية في إجازتهم تطليق المرأة نفسها بتوكيل الزوج
لها في ذلك بأن ذلك سيجعل المرأة في هذه الحالة متولية الإيجاب والقبول
فيكون عقد الطلاق قد تولاها طرف واحد ، وهذا غير جائز ؛ وقد أجاب الإمامية
على هذا الاعتراض فقالوا : إن هذا لا يقدح في صحة تولى المرأة طلاق نفسها
إذا ما وكلها زوجها في ذلك ، ولها أن تتولى تطليق غيرها من النساء إذا
وكلت في ذلك بمن له حق الطلاق ؛ لأنه في حالة تطليقها لنفسها ستكون
موجبة باعتبار وقابلة باعتبار آخر ، والمغايرة الاعتبارية كافية ، والطلاق
مما يقبل النيابة ، فلا خصوصية للنايب .

اعتراض آخر ورد عليه

كما رد الإمامية على اعتراض آخر وجهه لرأيهم السابق ، ولم يخصه : أن الرسول
صلى الله عليه وسلم في قوله : الطلاق بيد من أخذ بالساق ، قد جعل الطلاق

يبد الرجل لا المرأة ، وفي إجازة تولى المرأة تطليق نفسها بتوكيل من زوجها منافاة لهذا الحديث ؛ فقالوا : إن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : «الطلاق بيد من أخذ بالساق» لا ينافي جواز توكيل الزوج زوجته في طلاق نفسها ؛ لأن يدها مستفادة من يده ، ولأن هذا الحديث لا يدل على حصر الطلاق في الرجال ، وهو وأن دل على الحصر فدلالته ضعيفة .

هدم الزوج الثاني ما بقى للأول من طلاق المذهب الحنفى

رأى أبى حنيفة وأبى يوسف

يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن الزوج الثانى يهدم ما بقى للزوج الأول من طلاقات دون الثلاث كما يهدم الثلاث فتعود الزوجة إلى زوجها الأول بحل ومملك جديدين كاملين. ومثل هذا روى عن على وعبد الله بن مسعود ، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم .

رأى محمد وزفر

أما عند محمد فالزوج الثانى لا يهدم مادون الثلاث ، فتعود المرأة إلى الزوج الأول بعد طلاقها من زوجها الثانى بما بقى للزوج الأول من الطلاقات الأولى لا غير . ومثل هذا نقل عن عمرو أبى بن كعب ، وعمران بن حصين .

دليل أبى حنيفة ومن معه

استدل أبو حنيفة بالنصوص والمعقول :

نصوص الكتاب

أما نصوص الكتاب فالعمومات الواردة في قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » وفي قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم ، والصالحين من عبادكم وإمائكم » .

وجه الاستدلال

العموم الوارد بالأمر بالنكاح في الآية الأولى ، وبالإنكاح في الآية الثانية يقتضى جواز النكاح من غير فصل بين أن تكون المرأة مطلقة ، أولا ، وبين أن تكون مطلقة ثلاثا ، تخللها إصابة الزوج الثاني أولا... إلا أن المطلقة الثلاث التي لم يتخللها إصابة الزوج الثاني خصت عن النصوص فبقى ماوراءها داخلا في العموم المقتضى حل وجواز النكاح أى أن المرأة المتزوجة بعد زوج آخر يملك عليها زوجها طلاقات ثلاث سواء كانت قد تزوجت الزوج الثاني بعد طلاقها من الأول ثلاث تطبيقات أو أقل (١).

نصوص السنة

وأما النصوص من السنة فنها قوله صلى الله عليه وسلم : « تزوجوا ولا تطلقوا ، فإن الطلاق يهزله عرش الرحمن » .

وجه الاستدلال

الحديث بعمومه في الأمر بالتزوج والنهي عن الطلاق يفيد أنه لا فرق بين الزواج بعد زوج آخر ، وبين الزواج بمن لم تتزوج قبله . والتسوية بينهما في الحل تقتضى وتستلزم التسوية بينهما في الحقوق التي منها ملك الزوج ثلاث طلاقات على الزوجة .

المعقول

واستدل لرأى أبى حنيفة بالمعقول من وجهين : أحدهما : أن النكاح مندوب إليه ، ومسنون ، وعقد ، ومصلحة ، لتضمنته مصالح الدين والدنيا

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٢٧ وفتح القدير ج ٣ ص ١٨٠ على النهاية شرح بداية المبتدى .

فلا يجوز أن يمنع عنه ؛ لأنه يؤدي إلى التناقض ، لأن قطع المصلحة مفسدة ،
والشريعة منزهة عن التناقض . إلا أنه قد يخرج النكاح عن أن يكون
مصلحه بمخالفة الأخلاق ومباينة الطباع ، أو غير ذلك من المعاني ، ويقع اليأس
عن استيفاء المصالح من هذه المرأة ؛ فشرع الطلاق لاستيفاء المقاصد المطلوبة
من النكاح من زوجة أخرى ، إلا أن خروج النكاح عن أن يكون مصلحة
لا يعرف إلا بالتأمل ، والتجربة ، ولهذا فوض الطلاق إلى الزوج لاختصاصه
بكمال الرأي والعقل ؛ ليتأمل ويتدبر ، ويتروى ، فإذا طلقها ثلاثا على ظن
المخالفة ، ثم مال قلبه إليها حتى تزوجها بعد زواجها بزواج ثان وإصابة
الزوج الثاني لها ، - وهذا أمر في غاية التفار في طباع الفحول ، ونهاية المنع -
فدل ذلك على أن طريق الموافقة بينهما قائم ، وأنه أخطأ في التجربة وقصر
في التأمل ، فبقى النكاح مصلحة ، لقيام الموافقة بينهما فلا يجوز القول
بحرمته كما في ابتداء النكاح ، بل أولى ؛ لأن ثمة لم يوجد إلا دليل أصل
الموافقة ، وهما وجد دليل كمال الموافقة بينهما . وهو الميل إليها مع وجود
ما هو النهاية في النفرة . ثم لما حل نكاحها في الابتداء لتحقيق المقاصد ،
نبعد إصابة الزوج الثاني أولى . وهذا المعنى لا يوجب التفرقة بين إصابة
الزوج الثاني بعد الطلاقات الثلاث ، وبين ما قبلها فورود الشرع بجواز النكاح
ثمة يكون ورودها هنا دلالة .

والوجه الثاني : أن الحل بعد إصابة الزوج الثاني ، وطلاقه إياها ،
وانقضاء عدتها ، حل جديد . والحل الجديد لا يزول إلا بثلاث طلاقات كما في
ابتداء النكاح . والدليل على أن هذا حل جديد هو أن الحل الأول قد زال
حقيقة ؛ لأنه عرض لا يتصور بقاءه ، إلا أنه إذا لم يتخلل بين الحلين
حرمة يجعل كاللاثم بتجدد أمثاله ، فيكون كشيء واحد ، فكان زائلا
حقيقة ، وتقديرا ، فكان الثاني حلا جديدا . والحل الجديد لا يزول إلا
بثلاث تطاليقات كما في ابتداء النكاح .

دليل محمد ومن معه

احتج محدوزفرلرأيهماالقائل: إن الزوج الثاني لا يهدم الطلقة ولا الطلقتين المتبقيتين للزوج الأول بقوله سبحانه وتعالى: «الطلاق مرتان، فإمساك بعروف أو تبريح بإحسان، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به، تلك حدود الله فلا تعتدوها، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون. فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يترابعا إن ظنا أن يقيما حدود الله، وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون».

وجه الاستدلال

أظهر النص القرآني السابق حرمة المطلقة ثلاثا على مطلقها حتى يصيبها الزوج الثاني من غير فصل بين ما إذا تخللت إصابة الزوج الثاني الثلاث، أو لم يتخللها. وهذه مطلقة الثلاث حقيقة؛ لأن هذه طلقة قد سبقها طلقتان حقيقة، والطلقة الثالثة هي الطلقة التي سبقتها طلقتان، فدخلت تحت النص. ولأن الزوج الثاني جعل في الشرع منيها للحرمة؛ لقوله تعالى: «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» كلمة غاية. وغاية الحرمة لا تتصور قبل وجود الحرمة. والحرمة لم تثبت قبل الطلقات الثلاث، فلم يكن الزوج الثاني منيها للحرمة، فيلحق بالعدم.

مناقشة أبي حنيفة لأدلة محمد وزفر.

لخص صاحب بدائع الصنائع رد أبي حنيفة وأبي يوسف على ما استدل به محمد وزفر فقال: «وأما في قوله سبحانه وتعالى: «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره»، فهذه الآية الكريمة تتناول طلقة ثالثة

مسبوبة بطلقتين بلا فصل ؛ لأن الفاء للتعقيب بلا فصل . وإصابة الزوج الثاني ههنا حاصلة ، فلا يتناولها . أو تحمل الآية على ما إذا لم يدخل بها الزوج الثاني حتى طلقها ، وتزوجها الأول ، وطلقها واحدة... توفيقاً بين الدلائل . وأما قوله : بأن الشرع جعل إصابة الزوج الثاني غاية للحرمة فنقول : كون الإصابة غاية للحرمة ، يقتضى انتهاء الحرمة عند عدم الإصابة ، وقد يئنا أنه ثبت حل جديد بعد الإصابة^(١) .

الترجيح :

رجح السكال بن الهمام رأى محمد في أن الزوج الثاني لا يهدم ما بقى للزوج الأول من طلاقات - فقد علق على ما قاله صاحب الهداية مستدلاً لرأى أبى حنيفة وأبى يوسف : دولها قوله عليه السلام : لعن الله المحلل ، والمحلل له ، سماه الرسول ص محلاً وهو المثلث للحل . فقال السكال بن الهمام معلقاً على هذا (. . .) وفيه نظر إذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محلاً ، ومفهومه لا يزيد على أنه مثبت لمجرد الحل ، وهو حاصل في المتنازع فيه ، وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه ، وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس منه ، بل بانفاق الحال ، وهو أنه محل ابتداء فيه الحل لاستيفاء الزوج ما له من الطلاقات قبله . وحيث ابتداء ثبوت الحل كان ثلاثاً شرعاً فظهر أن القول ما قاله محمد وباقي الأئمة الثلاثة . ولقد صدق قول صاحب الاسرار : ومسألة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهما ويصعب الخروج منها . وقد يستدل على المطالب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم : أنريدن أن تعودى إلى رفاعة؟ قالت : نعم ، قال : لا ، حتى تذوق عسيلته ، فقد غيا عدم العود بالذوق فمئنه ينتهى عدمه ويثبت هو .

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٢٧ ، ١٢٨ - وفتح القدير ج ٣ ص ١٧٨ ،

١٧٩ - والهداية شرح بداية المجتهد في أهل فتح القدير ج ٣ ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

والعود هو الرجوع إلى الحالة الأولى. وهي ما يملك فيها الزوج ثلاث تطبيقات. وليس بشئ. لصدق حقيقته قبل الزوج الثاني لو قال بعد الطلقة ، والطلقتين بلا تخلل زوج : أتريدن أن تعودى إلى فلان صدق حقيقته ، وإن كان العود لا إلى ما يملك به ثلاثا ، فالحاصل أن العود إلى عين الحالة الأولى محال . فالمراد العودة إلى شبهها ، وذلك يصدق بمجرد النكاح والحل ؛ لانتهاء اشتراط عموم وجه التشبيه (١) .

صاحب العناية ينتصر لآبى حنيفة :

أما الباری فقد استدل بحديثه لعن الله المحلل والمحلل له ، حيث سمى الرسول صلى الله عليه وسلم الزوج الثاني محلا . والمحلل هو المثبت للحل . ثم قال : « ثم الحل الذى ثبت به إما أن يكون الحل السابق ، أو حلا جديداً ... لا سبيل إلى الأول ؛ لاستلزامه تحصيل الحاصل فتمين الثانى . وبالضرورة يكون غير الأول . والأول حل ناقص . وكان الجديد كاملا . وهو ما يكون بالطلقات الثلاث . فإن قيل : سلمنا أن المحلل هو المثبت للحل ، وأن يكون ذلك حلا جديداً ، لكنه يقتضى أن يكون ذلك فى المطلقة ثلاثا لأمرين : أحدهما ما ذكره المصنف : أن محله هو شرط التحليل . وذلك لا يكون إلا فى المطلقة ثلاثا . والثانى : أن الحل قبل ذلك ثابت فيصرف إلى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة . فالجواب : أننا قد ذكرنا لقوله : « وهو محله ، معنيين : أحدهما : ما ذكرت ، وليس بمرض . والثانى أن محله الكراهة لا الفساد ، وحيث يتدفع الأمر الأول فإن الحل وإن كان قبل ذلك ثابتا ، لكن إطلاق المحلل يقتضى أن يكون الزوج الثانى على الإطلاق محلا فصرفه إلى بعض الصور تقييد بلا دليل ، والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرناه ، فكانت المطلقة

(١) راجع فتح القدير والعناية على هامش الهداية فى الجزء الثالث ص ١٥٠ وما بعدهما ،

ثلاثا وغيرها سواء . وبه يندفع الأمر الثاني : - هذا وقد علق سعد جلبي على قول العناية ؛ فقال : و قوله : فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله وهو محمله الخ أقول : وكان يمكن له أن يجيب بأن شرط الحل متمش في غير المطلقة ثلاثا ، فإننا نقول ثبت بالزوج الثاني الحل الجديد للزوج الأول فيملكها بثلاث تطليقات^(١) .

والخلاصة :

ويظهر من أقوال فقهاء الحنفية وبخاصة صاحب الهداية ، وصاحب العناية وغيرهما ترجيح رأى أبى حنيفة وأبى يوسف القائل بأن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث .

المذهب المالكي

الزوج الثاني لا يهدم إلا الثلاث

يؤخذ من الفروع التي ذكرها فقهاء المالكية أن الزوج الثاني لا يهدم ما تبقى من العصمة الأولى فقالوا : لو إن رجلا شك في كم طلقة صدرت منه على مطلقته : هل طلقها واحدة ، أو اثنتين ، أو ثلاثا ، فلا تحل له إلا بعد زوج آخر ، وصدق إن ذكر الذي صدر منه أقل من الثلاث . ثم إن تزوجها بعد زوج وطلقها طلقة أو اثنتين فكذلك لا تحل له إلا بعد زوج آخر ؛ لأنه إذا طلقها واحدة ، يحتمل أن يكون المشكوك فيه اثنتين وهذه ثالثة . ثم إن تزوجها وطلقها ، لا تحل له إلا بعد زوج لاحتمال المشكوك فيه واحدة وهاتان اثنتان محققتان . ثم إن طلقها ثالثة بعد زوج ، لم تحل له إلا بعد زوج لاحتمال كون المشكوك فيه ثلاثا ، وهكذا لغير نهاية إلا أن ثبت طلاقها كأن يقول : أنت طالق ثلاثا . أو إن لم يكن طلاق عليك ثلاثا

فقد أوقعت عليك تكملة الثلاث، فينقطع الدور، وتحل له بعد زوج، وتسمى هذه المسئلة الدولالية؛ لدوران الشك فيها - ويقول الدسوقي في حاشيته غامضا بهذا الموضوع... فإذا تزوجها وطلقها راجعا فلا تحل له إلا بعد زوج؛ لاحتمال أن يكون المشكوك فيه ابتداء اثنين فواحدة مع الأربع تمام العصمة الأولى. والباقي عصمة ثانية قد تمت (١).

المذهب الشافعي

الزوج الثاني لا يهدم مادون الثلاث

يرى الشافعية أن الرجل إذا طلق زوجته دون الثلاث ثم عادت إليه تعود بما بقي له من الثلاث أما عودتها إليه بأن راجعها أو تزوجها قبل أن تزوج بآخر فهذا حل اتفاق الفقهاء إما إذا عادت إليه بعد زواجها بآخر زواجا صحيحا وتدوقها عسلية فقد احتج له الشافعية بأن إصابة الزوج الثاني لها إصابة ليست بشرط في الإباحة، فلم تؤثر، كوطء السيد أمته المطلقة (٢). قال صاحب المنهاج: ولو طلق الزوج الحر دون ثلاث وراجع، أو جدد ولو بعد نكاح زوج، عادت ببقية الثلاث (٣).

وقال شيخ الإسلام والمسلمين زكريا الأنصاري الشافعي في كتابه أسنى المطالب: «ومن تزوج مطلقته قبل استكمال الثلاث ولو بعد زوج آخر عادت إليه بما بقي منها. دخل بها الزوج أم لا؛ لأن ما وقع من الطلاق لم يحوج إلى زوج آخر فالنكاح الثاني والدخول فيه لا يهدمانه كوطء السيد أمته المطلقة. أما بعد استكمالها فتعود إليه بالثلاث؛ لأن

(١) الدسوقي على الصرح الكبير ج ٢ ص ٤٠٣.
(٢) مفتي المنهاج لمرة ماني أفاض المنهاج ج ٣ ص ٢٩٣.
(٣) أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ ص ٢٨٦.

دخول الثاني بها أفاد حلمها للأول ، ولا يمكن بناء العقد الثاني على الأول
لاستغراقه فكان نكاحا مفتوحا بأحكامه .

دليل آخر للشافعية

وقد استدل الشافعية على أن الزوج الثاني لا يهدم مادون الثلاث بقوله
تعالى : « الطلاق مرتان » إلى قوله : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى
تنكح زوجا غيره » .

وجه الاستدال

قال الشافعية : إن النص المذكور لم يفرق بين أن تزوح قبل الثانية ،
وبين ألا تزوج ، وإذا تزوجت فقد يدخل بها الزوج وقد لا يدخل ، فدخلت
هذه الأحوال كلها تحت مقتضى الدليل المذكور (١) .

المذهب الحنبلي

الراجح أن الزوج الثاني لا يهدم مادون الثلاث

الرأى الراجح عند الحنابلة أنهم — كالمالكبة ، والشافعية ، ومحمد
ابن الحسن وزفر من الحنفية — يرون أن الزوج الثاني لا يهدم الا الطلاق
الثلاث . فإذا طلق الرجل زوجته أقل من الثلاث ، فقضت العدة ، ثم
تزوجت غيره ، ثم أصابها ، ثم طلقها ، أو مات عنها ، وقضت العدة ، ثم تزوجها
الأول فهي عنده على ما بقي من الثلاث . قال صاحب المغني (١) : « وهناك رواية
أخرى عن أحمد أن الزوج الثاني يهدم مادون الثلاث كما يهدم الثلاث ،
وجملة ذلك : أن المطلق إذا بانث منه زوجته ثم تزوجها لم يحل من
ثلاثة أحوال : أحدها : أن تنكح غيره ويصيبها ثم يتزوجها الأول ، فهذه
ترجع إليه على ثلاث بأجماع أهل العلم ، قاله ابن المنذر . والثاني : أن يطلقها

(١) المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٧ ص ٤٤٤ تصحيح الشيخ خليل مراس وطبع مطبعة الامام بالمنفية

دون الثلاث ثم تعود إليه برجمة ، او نكاح جديد قبل زوج ثان ، فهذه ترجع اليه على مايقى من طلاقها بغير خلاف فعليه ، والثالث : طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ، ثم تزوجها الأول فعن احمد روايتان : احدهما : ترجع إليه على مايقى من طلاقها . وهذا قول الأكابر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : عمر ، وعلى ، ومعاذ ، وعمران ابن حصين ، وابى هريرة . وروى ذلك عن زيد ، وعبدالله بن عمرو بن العاص وبه قال سعيد بن المسيب ، وعبيدة ، والحسن ، ومالك ، وابن ابي ليلى ، والشافعى وابو ذر ومحمد بن الحسن ، وابن المنذر . والرواية الثانية عن احمد انها ترجع اليه على طلاق ثلاث ، وهذا قول ابن عمر ، وابن عباس ، وعطاء ، والشافعى ، وشريح ، وابى حنيفة ، وابى يوسف ؛ لأن وطء الزوج الثانى مثبت حلا يتسع لثلاث تطليقات كما بعد الثلاث ، لأن الوطء الثانى يهدم الطلقات الثلاث . فأولى ان يهدم ما دونها .

دليل الرأى الرابع

قال الحنابلة ان وطء الثانى لا يحتاج إليه فى الإحلال للزوج الأول ، فلا يغير حكم الطلاق ؛ كوطء السيد . ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبهه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثانى .

رد أدلة المعارضين

ورد الحنابلة أدلة من قال بأن المرأة بعد زواجها بأخر إذا طاعت وعادت للزوج الأول تعود إليه بثلاث طلقات ؛ فقالوا : القول بأن وطء الزوج الثانى يثبت الحل لا يصح لوجهين .

أحدهما : منع كونه مثبتا للحل أصلا ، وإنما هو فى الطلاق الثلاث غاية للتحريم بدليل قوله تعالى : « فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » ، وحتى للغاية . اما تسمية النبي صلى الله عليه وسلم الرجل - الذى يتزوج المرأة

— قصد الحيلة في تحللها لزوجها الأول — محللا فهذا من قبيل التجوز لا الحقيقة بدليل أنه لعنه ، ومن أثبت حلا لا يستحق لعنا .

الوجه الثاني : أن الحل إنما يثبت في محل فيه تحريم . وهي المطلقاة ثلاثا وهما هي حلال له فلا يثبت فيها حل . والقول بأن الزوج الثاني يهدم الطلقات الثلاث وتعود للأول بملك كامل جديد ، فمن باب أولى يهدم مادون الثلاث ، فالجواب أن الزوج الثاني هو غاية للتحريم الثابت بالطلاق الثلاث ومادون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له ^(١) .

المذهب الظاهري

الزوج الثاني لا يهدم مادون الثلاث

يرى الظاهرية رأى المالكية والشافعية والراجح من مذهب الحنابلة ، فهم يقولون بأن الزوج الثاني لا يهدم ما بقي للأول من طلاق دون الثلاث .

دليل الظاهرية

وقد استعرض ابن حزم أقوال الأئمة في هذا الموضوع ورد على القول المخالف له ؛ فقال : لقد نظرنا فيما احتج به أهل هذه المقالة (يقصد ابن حزم رأى أبي حنيفة من أن النكاح الذي يتم بعد زواجها بآخر هو نكاح جديد ، وطلاق جديد) فلم نجد لهم أكثر من أن قالوا : إنما لم نختلف في أن نكاح زوج آخر يهدم الثلاث . ولا شك في أنه إذا هدمها فإنه قد هدم الواحد من حملتها ، والاثنين حملتها ، ومن المحال أن يهدمها بمجموعة ولا يهدمها متفرقة . قال أبو محمد : فقلنا : لم يهدم قط طلاقا إنما هو التحريم الواقع بتمام الثلاث متفرقة أو بمجموعة فقط . ولا نحرم بالطلقتين ، ولا بالواحدة حتى يهدمه . وقلنا لهم : أنتم قد حملتم المقالة نصف عشر الدية فأكثر ، ولم تحملوها أقل من

نصف العشر . ولا شك في أنها إذا حملت نصف العشر فقد حملت في حملته أقل منه . فقالوا إنما حملناها ما ثقل فقلنا لكم بأن نصف العشر فصاعدا هو الثقل دون أن يكون الثلث هو الثقل أو السكل ، وأيضا فرب جان يعظم عليه . ويتقل ربع عشر الدية لقلة ماله . وآخر تخفف عليه الدية كلها لكثرة ماله . ثم السؤال باق عليكم إذا حملتموها ما ثقل فالأولى أن تحملوها ما خف ، وكل هذا لا معنى له . إنما الحججة في ذلك قول الله تعالى : « فإن طلقها ، يعني في الثالثة (فلا تحمل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلا يجوز تعدى حدود الله تعالى . والقياس كله باطل (١) » .

الشيعة الإمامية

للشيعة الإمامية قولان في مسألة هدم الزوج الثاني ما تبقى للأول من طلاق - هما :

أولا : الرأي الراجح

إن الزوج الثاني يهدم مادون الثلاث من طلاقات كما يهدم الثلاث . وهذا موافق لرأى أبي حنيفة وأبي يوسف .

الرأى الثانى

إن الزوج الثانى لا يهدم مادون الثلاث؛ قال صاحب المختصر النافع (٢) :
والمقصد الثانى : فى المحلل :

ويعتبر فيه البلوغ والوطء فى القبل بالعقد الصحيح القديم . وهل يهدم مادون الثلاث ؟ فيه روايتان أشهرهما أنه يهدم .

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ مسألة رقم ١٩٨٥ .

(١) المختصر النافع للعل ص ١٩٩ .

تفويض الطلاق

جعل الشارع الطلاق بيد الرجل فهو حق من حقوقه ، وله أن يستعده له بنفسه أو يعهد إلى آخر به . وذلك بطريق التوكيل ، أو التفويض ؛ فالتوكيل في الطلاق ان ينيب الزوج غيره في تطبيق امراته ، بأن يقول له : وكلتك أن تطاق امرأتى .

أما التفويض فهو تمليك الزوج غيره تطبيق امراته ، سواء أكان الغير هو الزوجة نفسها بأن يملكها تطبيق نفسها ، أو أى أحد غيرها . وتفصيل هذا الموضوع عند الفقهاء فيما يلى : —

المذهب الحنفى

مباشرة الطلاق

قال الكسانى : « ويستوى فيما ذكرنا من الصريح ، والكناية ، والرجعى ، والبائن ، أن يكون ذلك بمباشرة الزوج بنفسه ، بطريق الأصالة ، أو بغيره بإذنه ، أو أمره ، وذلك نوعان : توكيل ، وتفويض . أما التفويض فنحو قول الرجل لامراته : أمرك بيدك ، وقوله : اختارى ، وقوله : أنت طالق إن شئت ، وما يجرى مجراه . وقوله : طالق نفسك^(١) . »

الفرق بين التوكيل والتفويض

ويفرق الحنفية بين التوكيل والتفويض من وجوه ؛ منها :

(١) أن الوكيل يعمل بمشيئة غيره — وهو الموكل — وعلى حسب هذه المشيئة والمفوض يعمل بمشيئة نفسه وعلى حسب ما يختار . ولهذا فالوكيل مكلف أن يفعل ما وكل به ، وليس له خيار فى أن يفعل ، وألا يفعل ، بعد

(١) بدائع الصنائع الكسانى ج ٣ ص ١١٢ ، ١١٣ وفتح القدير ج ٣ ص ١١٤ ، ١١٥ .

قبوله الوكالة ، إلا أن يعزل نفسه منها . فإذا كان وكيلًا في الطلاق فلا يكون مختلًا إلا إذا طلق .

أما المفوض فانه يملك بالتفويض ما فوض فيه؛ فيرجع ذلك إلى مشيئته . وله الخيار ؛ إن شاء فعله ، وإن شاء لم يفعله ؛ فإذا فوض إليه الطلاق فهو إلى مشيئته ، وليس محتمًا عليه أن يطلق . وقال فقهاء الحنفية : لو أن الرجل قال لزوجته : أمرك بيدك إذا شئت ، أو إذا ما شئت ، أو متى شئت ، أو حينما شئت ، فلها الخيار في المجلس وغير المجلس ، ولا يتقيد بالمجلس . حتى لو ردت الأمر لم يكن ردا ، ولو قلعت من مجلسها وأخذت في عمل آخر فلها أن تطلق نفسها (١) .

وعلل الحنفية بعدم إلزام المفوض له بالطلاق بأن يطلق فقالوا : وأما من جانب المرأة فانه غير لازم ؛ لأنه لما جعل الأمر بيدها فقد خيرها بين اختيارها نفسها في التطليق ، وبين اختيارها زوجها ، والتخير يتألف للزوج . (٢) التوكيل لا بد فيه من قبول الوكيل . أما التفويض فلا يتوقف على القبول ، بل يتم بمجرد عبارة الأصيل ، وهو الزوج في حالة التفويض بالطلاق (٣) .

(٣) أن من وكل غيره بتطليق امرأته يستطيع الرجوع في ذلك التوكيل ويلغيه ، هذا مادام الوكيل لم ينفذ ما كلف به . أما من فوض إلى غيره تطليق امرأته ، أو فوض إليها تطليق نفسها ، فلا يستطيع الرجوع عن تفويضه ؛ لأن تفويض الطلاق في معنى إنشاء طلاق معلق على إرادة المفوض ، واختياره ، وتعليق الطلاق كتنجيذه ، لا يمكن الرجوع فيه .

(١) بدائع المستأنس للكاتبي ج ٣ ص ١١٥ ، ١١٦ ، ١٢٢ .

(٢) بدائع المستأنس للكاتبي ج ٣ ص ١١٥ ، ١١٦ ، ١٢٢ .

تعلييل الحنفية لذلك

قال صاحب البدائع في بيان تفويض المرأة في تطليق نفسها - بقوله لها : أمرك بيدك - : وأما بيان صفته فهو أنه لازم من جانب الزوج حتى لا يملك الرجوع عنه ، ولا نهى المرأة عما جعل إليها . ولا فسخ ذلك : لأنه ملكها الطلاق ، ومن ملك غيره شيئاً فقد زالت ولايته من الملك ، فلا يملك إبطاله بالرجوع ، والنهي ، والفسخ ، بخلاف البيع ، فإن الإيجاب من البائع ليس بتمليك ، بل هو أحد ركني البيع فاحتمل الرجوع عنه ، ولأن الطلاق بعد وجوده لا يحتمل الرجوع والفسخ فكذا بعد إيجابه . بخلاف البيع فإنه يحتمل الفسخ بعد تمامه . فيحتمل الفسخ ، والرجوع ، بعد إيجابه أيضاً ، ولأن هذا النوع من التملك فيه معنى التعليق ، فلا يحتمل الرجوع عنه . والفسخ كسائر التعليقات المطلقة : بخلاف البيع فإنه ليس فيه معنى التعليق رأساً .

وقال الحنفية : إن الرجل الذي جعل لامرأته الحق في تطليق نفسها لوقام من مجلس التفويض لا يبطل قيامه ما حدث منه من تفويض . وعللوا لذلك بقولهم : إن منتهى ما يقال في قيامه أنه دليل الإبطال ؛ باعتباره دليل الإعراض . فإذا كان التفويض لم يبطل بصريح إبطاله فكيف يبطل بدليل الإبطال (١) ؟

(٣) التوكيل لا يتقيد بالمجلس ، فيصح للوكيل بالطلاق أن يطلق في مجلس التوكيل وبعده . أما التفويض فهو مقيد بالمجلس إلا أن عين التفويض وقتاً أوسع أو يكون عاماً في جميع الأوقات . فإذا فوض الزوج إلى زوجته طلاقها ، أو فوض إلى شخص آخر تطليقها فقامت الزوجة ، أو قام ذلك الشخص ، من المجلس قبل التطليق ، فإنه يبطل التفويض إلا إذا كان التفويض عاماً في جميع الأوقات ، أو عين له وقتاً أوسع .

أقسام التفويض

ينقسم تفويض الطلاق إلى الغير إلى أقسام مختلفة باعتبار متعددة .
ويأتيها فيما يلي :

أولا التفويض باعتبار صيغته

ينقسم تفويض الطلاق باعتبار صيغته إلى صريح ، وكناية .

الصريح

فالتفويض مثل أن يقول الزوج لزوجته : طلق نفسك ، أو اختاري نفسك .

حكمه : والتفويض الصريح لا يحتاج إلى نية ، ولا دلالة حال ، لأنه لا يحتمل معنى آخر غير تفويض الطلاق .

الكناية

أما الكناية فكان يقول الرجل لزوجته : اختاري ، دون أن يذكر مع الكلمة لفظ : نفسك ، . ومثل أن يقول لها : أمرك بيدك ، فإن هذا القول يحتمل التفويض ، فلا بد فيه من النية أو القرينة فإذا قال الرجل لامرأته : ، أمرك بيدك ، ونوى بذلك الطلاق ، أو كان الحال حينما قال لها ذلك حال غضب وخصومة بينهما ، أو حال مذاكرة الطلاق ، وعلمت المرأة بتفويض زوجها لها في أن تطلق نفسها بأن كانت حاضرة وسمعت قوله ، أو غائبة وعلمت بهذا التفويض غير مقيد بزمان فطلقت نفسها وقع الطلاق . وكذلك يقع الطلاق إن كان التفويض مقيداً بوقت وعلمت في شيء من الوقت . أما إذا علمت بعد مضي الوقت كله فلا يصير الأمر يدها بهذا التفويض : لأن التفويض المؤقت بوقت ينتهي عند

انتهاء الوقت، فلو صار الأمر بيدها بعد ذلك لصار من غير تفويضه. وهذا^(١) لا يجوز.

أما اشتراط نية الزوج الطلاق بقوله لزوجته : « أمرك بيدك ، وأمانه فلأن هذه العبارة من كتابات الطلاق ، فلا يصح التفويض في هذه الحالة إلا بنية الطلاق ؛ لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بنفسه بهذا اللفظ من غير نية الطلاق ، فكيف يملك تفويضه إلى غيره من غير نية الطلاق . ولهذا لو قال الزوج : ما أردت بهذا القول تفويض الطلاق لها يصدق ، ولا يصير الأمر بيدها ، لأن هذا التصرف يحتمل الطلاق ويحتمل غيره ، إلا إذا كان الحال حال الغضب ، والخضومة ، أو حال مذاكرة الطلاق ، فلا يصدق في القضاء ؛ لأن الحال تدل على إرادة الطلاق ظاهرا ، فلا يصدق في العدول عن الظاهر . فإن ادعت المرأة أنه أراد به الطلاق ، أو ادعت أن ذلك كان في حال الغضب ، أو في حال ذكر الطلاق ، وهو ينكر ؛ فالقول قوله مع يمينه ؛ لأنها تدعى عليه الطلاق ، وهو ينكر .

البيئة على حالة التفويض

فإن أقامت البيئة أن ذلك كان في حال الغضب ، أو ذكر الطلاق قبلت بيئتها ؛ لأن حال الغضب وذكر الطلاق يقف الشهود عليها ، ويتعلق عليهم بها ، فكانت شهادتهم عن علم بالمشهود به فتقبل^(٢) .

البيئة على نية الطلاق

لكنها لو أقامت البيئة على أنه نوى الطلاق ، لا تقبل بيئتها ، لأنه لاوقوف للشهود على النية ؛ لأنه أمر في القلب ، فكانت هذه شهادة ، لا عن علم بالمشهود به فلم تقبل .

ثانيا - التفويض المشروط

كذلك ينقسم التفويض باعتبار مروده . إلى ما يكون مشروطا حالة العقد ، وما يكون بعده .

فالأول : أن تقول المرأة للرجل : زوجتك نفسى على أن يكون أمر الطلاق بيدى ، اطلق نفسى متى شئت ، فيقول لها الرجل : قبلت زواجك على ذلك ؛ فع أن التفويض صدر فى حالة العقد لكن الإيجاب قد صدر أولا من المرأة مع اشتراطها أن تملك طلاق نفسها . وهذا التملك لا يحصل إلا بعبارة القبول من الرجل فيكون تملك الطلاق بعد تمام العقد بالإيجاب والقبول .

أما إذا بدأ الرجل بالإيجاب مع اشتراط التفويض بأن قال لها زوجبنى نفسك على أن يكون أمر طلاقك بيدك فقالت المرأة قبلت زواجى منك على ذلك الشرط فإن العقد يصح ويبطل شرط التفويض ؛ لأن الزوج فى هذه الحالة قد ملكها تطليق نفسها قبل أن يتم عقد الزواج ، فلا يصح هذا التملك ؛ لأنه لم يكن يملك طلاقها حينئذ فكيف يستطيع تملكها إياه .

الثانى : أن يفوض إليها أمر طلاقها بعد تمام العقد بناء على طلبها أو من غير طلبها .

ثالثا : التفويض المطلق والمقيد

وينقسم التفويض أيضا باعتبار زمنه ثلاثة أقسام : مطلق عن التقيد بزمن ، ومقيد بزمن خاص ، وعام فى جميع الأزمان . ولكل حالة من الحالات السابقة حكمها الخاص بها .

المطلق عن الزمن

التفويض المطلق عن الزمن كأن يقول الزوج : أمرك بيدك ، أو طلق نفسك ، ، ولا يزيد على ذلك .

حكمه : وحكم هذا النوع من التفويض أن المرأة تملك به تطليق نفسها مادامت في المجلس لم تبرح عنه ، ولم تأخذ في عمل يدل الانصراف إليه على الإعراض عن موضوع التفويض . فإذا قامت من المجلس ، أو انصرفت إلى عمل آخر ، وهي في المجلس ، قبل أن تطاق نفسها ، فقد بطل التفويض ، ولا تملك بعد ذلك الطلاق .

والحكم كذلك إذا كان تفويض طلاقها إلى شخص آخر ؛ فإن التفويض يتقيد بمجمله .

قال الكاساني : جعل الأمر باليد لا يخلو إما أن يكون منجزا ، وإما أن يكون معلقا بشرط ، وإما أن يكون مضافا إلى وقت . والمنجز لا يخلو إما أن يكون مطلقا ، وإما أن يكون مؤقتا ، فإن كان مطلقا بأن قال : أمرك بيدك ، فشرط بقاء حكمه بقاء المجلس ، وهو مجلس عليها بالتفويض ، فإذا دامت في مجلسها فالأمر بيدها ؛ لأن جعل الأمر بيدها تملك الطلاق منها ؛ لأنه جعل أمرها في الطلاق بيدها ، تنصرف فيه برأيها وتديرها كيف شئت ، بحسنة الإتيار . وهذا معنى قول المالكية : وهو تنصرف عن مشيئة الإتيار . والزوج يملك التطليق بنفسه فيملك تملكه من غيره ، فصارت ماله للطلاق ، بتمليك الزوج . وجواب التملك مقيد بالمجلس ؛ لأن الزوج يملك الخطاب ، وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جواب خطابه في المجلس فيتعبد جواب التملك بالمجلس ، كما في قبول البيع وغيره . وسواء قصر المجلس ، أو طال ؛ لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة ؛ لأن اعتبار المجلس للحاجة إلى التأمل ، والتفكير ، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص ، والأحوال ، والأوقات . ولا ضابط له إلا المجلس ؛ فقدّر بالمجلس . ولهذا جعله الصحابة رضى الله عنهم للخبرة فيبقى الأمر في يدها مابق المجلس . فإن قامت عن مجلسها بطل ؛ لأن الزوج يطلب جواب التملك في المجلس والقيام عن المجلس دليل الإعراض عن جواب التملك فكان ردا للتمليك

دلالة ؛ ولأن المالك لما طلب الجواب في المجلس ، لا يملك الجواب في غير المجلس ؛ لأنه ماملكتها في غيره . وقد اختلف المجلس بالقيام ، فلم يكن في بقاء الأمر فائدة فيبطل . وكذلك إذا وجد منها قول ، أو فعل ، يدل على إعراضها عن الجواب بأن دعت بطعام لتأكل ، أو أمرت وكيلها بشيء ، أو خاطبت إنسانا ببيع أو شراء ، أو كانت قائمة فركبت ، أو راكبة فانتقلت إلى دابة أخرى ، أو واقفة فسارت ، أو امتشطت ، أو اغتسلت ، أو مكنت زوجها حتى وطئها ، أو اشتغلت بالنوم ؛ لأن هذا كله دليل الإعراض عن الجواب (١) .

التفويض العام والمقيد بزمان

التفويض إما مقيد بزمان خاص ، أو يكون عاما في جميع الأزمان .

أ - المقيد بزمان خاص

والمقيد بزمان خاص كان يقول الزوج للمرأة : « أمرك بيدك مدة شهر ، أو سنة » .

حكمه : تملك به المرأة تطليق نفسها في هذه المدة المعينة ، وينتهي التفويض بانتهائها .

ب - العام في جميع الأزمان

والعام في جميع الأزمان كان يقول لها : « أمرك بيدك دائما ، أو طلق نفسك متى شئت » .

حكمه : وحكمه أن المرأة بهذا التفويض تملك تطليق نفسها في أي وقت تشاء مرة واحدة ، ولا تملك الزيادة عليها إلا إذا كان في عبارة التفويض ما يدل على التكرار ؛ مثل أن يقول لها : « طلق نفسك كلما شئت » ، فإنها

في هذه الحالة تستطيع أن تطلق نفسها عدة مرات بحيث لا تزوج في أي مرة على طلاق واحدة .

تطلقها نفسها ثلاثا

لكنها في حالة التفويض بعبارة تدل على التكرار - « طلق نفسك كلما شئت » - لو طلقت نفسها ثلاث طلاقات في ثلاث مرات ، ثم تزوجت آخر وعادت إلى الزوج الأول فلا تملك تطليق نفسها حينئذ ؛ لأنها تعود إليه بملك جديد ، وحل جديد ، لا يبقى معه أثر للتفويض الذي كان في الملك الأول . أما إذا طلقت نفسها مرة أو مرتين فتزوجت بزواج آخر ، ثم عادت إلى الأول ، ففي هذه المسألة خلاف بين أئمة المذهب وضحاها تفصيلا عند الكلام على مسألة هدم الزوج الثاني ما تبقى للزوج الأول من طلاق ثلاث أو دون الثلاث ، وقلنا إن أبا حنيفة : وأبا يوسف يريان أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث فتعود الزوجة إلى زوجها الأول بحل وملك جديدين كاملين ، فستطيع المفوضة في الملك الأول أن تطلق نفسها ثلاث مرات أخرى في الملك الثاني . أما عند محمد فالزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث ، فتعود المرأة إلى الزوج الأول بما بقي له من الطلاقات الأولى لا غير فلا تستطيع المفوضة أن تطلق نفسها إلا بقدر هذا الباقي . وقد أبان ذلك كله انكسائي فقال : « وأما بيان صفة الحكم الثابت بالتفويض ، فنصفته أنه غير لازم في حق المرأة ، حتى تملك رده صريحا ، أو دلالة ؛ لما ذكرنا أن جعل الأمر بيدها تخيير لها بين أن تختار نفسها ، وبين أن تختار زوجها ، والتخيير يتنافى للزوم . ومن صفته أنه إذا خرج الأمر من يدها لا يعود الأمر إلى يدها بذلك الجعل أبدا . وليس لها أن تختار إلا واحدة ؛ لأن قوله أمرك بيدك لا يقتضي التكرار إلا إذا قرن به ما يقتضي التكرار بأن قال : أمرك بيدك

(١) جاء في فتح القدير ج ٣ ص ١٢١ « ... فلو طلقت نفسها واحدة ، وانقضت عدتها تزوجت بآخر ، وعادت إلى الأول ملكت ثلاث طلاقات أيضا خلافا لمحمد ، فإن عنده إنما تملك اثنين ؛ لا عرف في مسألة الهدم »

كلما شئت ، فيصير الأمر يدها في ذلك وغيره . ولها أن تطلق نفسها في كل مجلس تطليقة واحدة حتى تبين بثلاث ؛ لأن كلمة كلما تقتضى تكرار الأفعال قال الله تعالى : « كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها ، وقال : « كلما أوقدوا نارا للحرب أطفأها الله ، فيقتضى تكرار التملك عند تكرار المشيئة ، إلا أنها لا تملك أن تطلق نفسها في كل مجلس إلا تطليقة واحدة ؛ لأنه يصير قائلا لها في كل مجلس : أمرك يديك ، فإذا اختارت فقد انتهى موجب ذلك التملك ، ثم يتجدد لها الملك بتمليك آخر في مجلس آخر عند مشيئة أخرى إلى أن يستوفى ثلاث تطليقات . فإن بانث بثلاث تطليقات ، ثم تزوجت بزواج آخر ، وعادت إلى الزوج الأول ، فلا خيار لها ؛ لأنها إنما تملك تطليق نفسها بتمليك الزوج ، والزوج إنما ملكها ما كان يملك بنفسه ، وهو إنما كان يملك بنفسه طلاقات ذلك الملك القائم لا طلاقات ملك لم يوجد ، فإلا يملك بنفسه كيف يملكه غيره ؛ وإن بانث بواحدة أو اثنتين ، ثم تزوجت بزواج آخر ؟ ثم عادت ، فإما أن تشاء الطلاق مرة بعد أخرى ، حتى تستوفى الثلاث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، خلافا لمحمد ،^(١) .

طلق نفسك ثلاثا

لو قال الرجل لزوجته : « طلق نفسك ثلاثا ، فطلقت نفسها واحدة فتقع طلقة واحدة ؛ لأن الزوج ملكها الثلاث ، ومالك الثلاث إذا وقع واحدة تقع ، كالزوج . وهذا لأنه لما ملكها الثلاث فقد ملكها الواحدة ؛ لأنها بعض الثلاث ، وبعض المملوك يكون مملوكا .

طلق نفسك واحدة

أما إذا قال الرجل لزوجته : « طلق نفسك واحدة ، فطلقت نفسها ثلاثا ، لم يقع شيء في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يقع واحدة .

(١) بدائع الصنائع السكاساني ج ٢ ص ١١٦ ، ١١٧ .

وجه قول أبي حنيفة

لأبي حنيفة وجوه من الفقه... أحدها : أنه لو وقعت الواحدة ، إما أن تقع بطريق الأصالة مقصودا ، أو ضمنا ، أو ضرورة وقوع الثلاث . لا سبيل إلى الأول ؛ لأنه لم يوجد إيقاع الواحدة بطريق الأصالة ؛ لانعدام لفظ الواحدة ، ووجود لفظ آخر . وكذا لم يوجد وقت وقوع الواحدة بطريق الأصالة ؛ لأن ذلك عند قولها : نفسي ، وسكوها عليه ، وقت وقوعها مع الثلاث عند قولها : ثلاثا . ولا وجه للثاني ؛ لأنها لم تملك الثلاث ، فتعذر القول بالوقوع أصلا . بخلاف ما إذا قال لها : طلق نفسك ثلاثا ، فطلقت نفسها واحدة ، لأنه هنا ملكها الثلاث ، فملكك إيقاع الثلاث ، وملكك إيقاع الثلاث يملك إيقاع الواحدة ؛ لأن بعض الملوك مملوك . وهاتنا بخلافه . وبخلاف ما إذا قال لها : طلق نفسك واحدة . فقالت : طلقت نفسي واحدة ، واحدة ، واحدة ؛ لأن ثم أوقعت الواحدة بطريق الأصالة ؛ لوجود لفظ الواحدة وقت وقوعها بطريق الأصالة ، فوقعت واحدة بطريق الأصالة ثم استقلت بغيرها ، وهو غير مملوك لها ، فلغا . وبخلاف ما إذا قال لها : طلق نفسك فقالت : قد أبنت نفسي ، : لأن هناك قد أوقعت ما فوض إليها بطريق الأصالة ؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق لغة إلا أنها زادت على القدر المفوض صفة اليبانة فلفت ، وبقي أصل الطلاق . والثاني : أن المرأة بقولها : طلقت نفسي ثلاثا أعرضت عما فوض الزوج إليها فيبطل التفويض ، ويخرج الأمر من يدها كما إذا اشتغلت بأمر آخر أو قامت عن مجلسها . ودلالة أنها أعرضت عما فوض إليها أنه فوض إليها الواحدة ، وهي أنت بالثلاث . والواحدة من الثلاث إن لم تكن غير الثلاث ؛ ولأن ثلاث غير الواحدة ذاتا ، لأن الواحدة منها ، والشئ لا يكون غير نفسه كتبها غير الواحدة لفظا وحكما ووقتا . أما اللفظ ، فإن لفظ الواحدة غير

لفظ الثلاث ، وكذا حكمها غير حكم الثلاث . وأما الوقت ، فإن وقت وقوع الواحدة . غير وقت وقوع الثلاث ؛ لأن الواحدة تقع عند قولها : طلقت نفسي ، والثلاث تقع عند قولها : ثلاثا ، لما ذكرنا فيما تقدم أن العدد وهو الواقع ، على معنى أنه متى اقترن بذكر الطلاق ذكر عدد لا يقع الطلاق قبل ذكر العدد . ويقف أول الكلام على آخره فصارت المرأة المشتغلاها بذكر الثلاث لفظا معرضة عن الواحدة لفظا ، وحكما ، وقت وقوع الطلاق ؛ لصيرورتها مشغلة بغير ما ملكت ، تاركة للملك ، والاشتغال بغير المملوك دليل الإعراض عما ملكت ، والإعراض عما ملكت يوجب بطلان التمليك ، وخروج الأمر عن يدها ، بخلاف ما إذا قال لها : طلقي نفسك ثلاثا ، فطلقت نفسها واحدة ، لأن هناك ما أعرضت عما فوض إليها ؛ لأنه فوض إليها الثلاث ، وتفويض الثلاث تفويض الواحدة ؛ لأن التفويض تمليك ، وتمليك الثلاث تمليك الواحدة ؛ لأنها من أجزاء الثلاث ، وجزء المملوك مملوك ، فلم تصر بشتغالها بالواحدة مشغلة بغير ما ملكت ، ولا تاركة للملك ... فأما تمليك الجزء فلا يكون تمليك الكل فاقترقا . والثالث - أن الزوج لم يملكها إلا الواحدة المنفردة وما أتت بالواحدة المنفردة ، فلم تأت بما ملكها الزوج ، فلا يقع شيء كما لو قال لها : طلقي نفسك ، فاعتقت عبده . ولا شك أن الزوج لم يملكها إلا الواحدة المنفردة ؛ لأنه نص على التوحد ، والتوحد ينفي عن التفرد في اللغة ، فكان المفوض إليها طلاقة واحدة منفردة عن غيرها . وهي وإن أتت بالواحدة يأتيانها بالثلاث ، فأنت بالواحدة المنفردة ؛ لأنها أتت بثلاث مجتمعة ، والثلاث المجتمعة لا يوجد فيها واحدة منفردة ؛ لما فيه من الاستعانة للتضاد بين الاجتماع والافتراق . فلم تأت بما فوض إليها ، فلا يقع شيء بخلاف ما إذا قال لها : طلقي نفسك ثلاثا ، فطلقت نفسها واحدة ، لأن هناك أتت بما فوض إليها ، لكنها زادت عن القدر المفوض ؛ لأنه فوض إليها الثلاث مطلقا عن

صفة الاجتماع والاقتران . ألا ترى أنها لو طلقت نفسها ثلاثا منفردة كما لو طلقت نفسها ثلاثا ، مجتمعة كانت ، أو منفردة . صارت كل واحدة من الطلقات الثلاث مملوكة لها ، منفردة كانت ، أو مجتمعة . فإذا طلقت نفسها واحدة فقد أنت بالمملوك ضرورة ، وهو الجواب عما إذا قال لها : طلقي نفسك واحدة فقالت : طلقت نفسي واحدة ، واحدة ، واحدة ، فإنه يقع واحدة ؛ لأنها أنت بالمفوض وزيادة ، فيقع القدر المفوض وتلغو الزيادة . وههنا ما أنت بالمفوض إليها أصلا ورأسا فهو الفرق .

وجه قول الصاحبين

أما وجه قول أبي يوسف ومحمد من أن الرجل لو قال لزوجته : طلقي نفسك واحدة ، فطلقت نفسها ثلاثا - أنه يقع واحدة ، فهو : أن المرأة أتت بما فوض الزوج إليها ، وزادت على القدر المفوض ، فيقع القدر المفوض - وتلغو الزيادة ، كما لو قال لها : طلقي نفسك واحدة ، فقالت : طلقت نفسي واحدة واحدة . واحدة ... أنه يقع واحدة وتلغو الزيادة ... كذا هذا وكذا لو قال لها : طلقي نفسك واحدة ، فقالت : أبنت نفسي ، تقع واحدة رجعية . وتلغو صفة البينة ، لما قلنا ، فكذا هذا^(١) .

خلاصة ما قيل في التفويض

ويمكن إجمال ما تقدم بخصوص تفويض الطلاق للغير فيما يأتي :

(١) أن التفويض تصرف من الزوج يتم بمجرد صدوره منه ، ولا يتوقف على قبول من الزوجة ، أو من فوض إليه أمر طلاقها .

(٢) التفويض تصرف لازم للزوج ، لا يملك الرجوع عنه ، ولا ينهى الزوجة ، أو غيرها من فوض إليه ، عن تنفيذ مقتضاه ؛ لأن

(١) راجع بدائع المتنازع فلكاساني ج ٣ ص ١٢٣ - ١٢٥ ونسج القدير ج ٣ ص ١١٤ - ١٣٣ .

التفويض بمثابة إنشاء اطلاق معلق على إرادة المفوض إليه ؛ وإنشاء الطلاق لا يمكن الرجوع فيه . وهذا بخلاف الإيجاب في البيع ونحوه من كل عقد لا يفيد حكمه إلا بعد تمامه بالإيجاب، والقبول؛ فإن الموجب في هذه العقود يملك الرجوع عن إيجابه قبل ورود القبول عليه .

(٣) ولأن التفويض لازم من قبل الزوج فلا يؤثر في صحة التفويض ولزومه قيام الزوج من المجلس بعد التفويض ، وقبل تنفيذ مقتضاه ؛ فالتفويض لا يتقيد بمجلس الزوج ، وإنما يكون مرتبطا بمجلس الزوجة ، أو من فوض إليه غيرها . فما دامت في المجلس لم تبرح عنه ولم يكن منها قول أو فعل يدل على الإعراض عن موضوع التفويض فإنه يكون لها أمر نفسها .

(٤) التفويض غير لازم بالنظر إلى الزوجة ومن فوض إليه طلاقها، فلكل منهما أن ينفذ مقتضاه وألا ينفذه، فللمرأة المفوض لها تطليق نفسها أن ترد هذا التفويض صريحا أو دلاله؛ لأن التفويض جعل الأمر بيدها في اختيار نفسها أو أن تختار زوجها . والتخير يتناقض الزوم .

(٥) للزوج الذي فوض زوجته في تطليق نفسها ، أو أناب غيره عنه في تطبيقها حق استعمال حقه الأصلي في الطلاق؛ لأن ذلك من أحكام الزواج وهو وإن ملك المفوض له حق التطليق فهو تملك لا نزول معه زوجية المفوض فيبقى حقه الأصلي في الطلاق .

(٦) ملكية المفوض له حق التطليق مقيدة بما وردت به عبارة التفويض من تعميم أو تخصيص ، أو إطلاق أو تقييد في وقت الطلاق ، وعدده ، ومراته ، وكيفيته... من رجعى ، أو بائن .

فإن عبر في التفويض بما يفيد عموم الأوقات ثبت للمفوض إليه ملك التطليق في أى وقت شاء . وإن عبر بما يفيد عموم الأفعال - مثل كلما - ثبت له ملك، التطليق مرة بعد مرة حسب ماوضحناه سابقا . وإن خصص بوقت معين ثبت له

ملك التطلق في ذلك الوقت . وان أطلق عن التخصيص والتعميم ثبت له ملك الطلاق مقتصرًا على مجلسه . فان كان التفويض شفوياً اقتصر على مجلس وقت التفويض ، وان لم يكن شفوياً اقتصر على مجلس عليه به . ويكون الطلاق رجعيًا ، أو يائسًا ، واحداً أو أكثر ، في مرة واحدة أو مرات ، على حسب ما يرد في عبارة الزوج .

المذهب المالكي

تفويض الطلاق

قسم فقهاء المالكية الاستنابة على الطلاق إلى أربعة أقسام هي :
توكيل ، وإرسال ، وتمليك ، وتخيير . ويان هذه الأقسام فيما يلي :
التوكيل
التوكيل على الطلاق : هو جعل الزوج إنشاء الطلاق بيد آخر نيابة عنه .
حكمه

للوكيل حق إنشاء الطلاق نيابة عن موكله (الزوج) . وللزوج منع الوكيل من الإتيان بما وكل به وعزله . وذلك إذا كان الوكيل لم يأت بما وكل به ، وهو الطلاق ، إلا إذا كان الوكيل الذي فوض له إنشاء الطلاق هو الزوجة وقد تعلّق لها حق بإيقاعه ، فلا يملك الزوج عزلها في هذه الحالة قبل تصرفها منعاً للضرر عنها . فمن قال لزوجته : أن تزوج عليك فقد وكلتك على طلاقك ، أو طلاق التي أتزوجها عليك ، ثم تزوج عليها ، فليس له عزلها : لتعلّق حقها برفع ضرر الضرر عنها .

الرسالة : هي جعل الزوج إعلام زوجته بثبوت تطليقها لغيره .

التخيير

أما التخيير فقد حدده المالكية بأنه : جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثاً

نصا ، أو حكما ، حقا لغيره . ومن صيغة اختارى ، أو اختارى نفسك ، واختارى أمرك . وكذلك كل لفظ يدل على أن الزوج فوض لزوجته البقاء على العصمة ، أو الذهاب عنها ، فهذا كله من قبيل التخيير . وروى أن من صيغ التخيير كذلك : « طلق نفسك ثلاثا » .

التملك

أما التملك فهو جعل الزوج إنشاء الطلاق حقا لغيره ، راجحا في الثلاث ، يخص بما دونها بنيته . ومن صيغه : أمرك بيدك ، أو طلاقك بيدك . وكذا كل لفظ يدل على جعل الطلاق بيد الزوجة دون تخيير ، كطلاق نفسك ، وملكتك أمرك ، ووليتك أمرك ؛ قال الدسوقي في حاشيته : « والحاصل أن كل لفظ دل على أن الزوج فوض لها البقاء على العصمة ، أو الذهاب عنها ، فهو تخيير . وكل لفظ دل على جعل الطلاق بيدها ، أو بيد غيرها ، دون تخيير ، فهو صيغة تملك ^(١) » .

وقال صاحب منح الجليل : « الفرق بين التوكيل وغيره : أن الوكيل يفعل على سبيل النيابة عن موكله ، والمملك والتخير بفعالان عن نفسيهما للمكهما ما كان الزوج مملكه . والفرق بين التخيير والتملك ، قيل : عرف لا دخل للغة فيه . فقولهم في المشهور : يناكر الزوج المملكة ، لا التخيير ، مبنى على عرف فينعكس الحكم بانعكاسه . وقيل : للغة فيه مدخل ؛ لأن التملك إعطاء مالم يكن حاصلا . فالأصل بقاء ملك الزوج العصمة فلا يلزمه إلا ما اعترف بإعطائه . والتخيير لغة جعل الخيار بين شيئين للتخير (بالفتح) فعنى تخيير الزوجة أنه خيرها بين بقاءها على عصمتها ، وذهابها عنها . وهذا لما يكون في المدخول بها بالطلاق الثلاث ، الذي لا يبقى للزوج عليها حكما . أفاده ابن عبد السلام ، والموضح . وقال القرافي . بعد ذكر اتفاق أبي حنيفة

(١) حاشية الدسوقي على الفرح الكبير ج ٣ ص ٤٠٦ .

والشافعي وأحمد رضى الله عنهم على أن التخيير كتابة لا يلزم به شيء إلا
بنيته ، لاحتماله التخيير في الطلاق وغيره . وإن أراد الطلاق احتمل الواحدة
وغيرها . والأصل بقاء العصمة - مانعه : والصحيح الذى ظهر أن قول
الأئمة الثلاثة هو مقتضى اللفظ لغة لا مرية في ذلك . وأن مالكاً رضى الله عنه
أفتى بالثلاث على عادة كانت في زمانه أوجب نقل اللفظ عن مسماه للغوى إلى
هذا المفهوم ، فصار صريحاً فيه . وهذا هو الذى يتجه . وهو سر الفرق بين التخيير
والتمليك ، غير أنه يلزم عليه بطلان هذا الحكم اليوم ووجوب الرجوع إلى اللغة
ويكون كتابة محضة . كما قال الأئمة الثلاثة لتغير العرف . والقاعدة ، أن اللفظ
متى كان الحكم فيه مبنيًا على نقل عاды بطل ذلك الحكم عند بطلان تلك
العادة وتغير إلى حكم آخر ، إن شهدت له عادة أخرى . هذا هو الفقه اهـ (١) .

وقال ابن شاس : الفصل الثالث في تفويض الطلاق إلى الزوجة :
وللرجل أن يجعل إلى المرأة طلاقها ، وذلك على وجهين : توكيل ، وتمليك .
ففي التوكيل له أن يرجع ما لم تطلق نفسها . وفي التمليك ليس له ذلك (٢) .

وفي مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : لما كان إيقاع الطلاق ينقسم
إلى قسمين إما مباشرة الزوج ، أو تفويضه لغيره في إيقاعه . ولما فرغ
المصنف من الكلام على القسم الأول أتبعه بالكلام على الثانى ، أعنى
التفويض . وهو على ثلاثة أقسام : توكيل ، وتمليك ، وتخيير ، لأن
التفويض رد الأمر إلى الغير . يقال فوض الأمر إليه إذا رده إليه . والفرق
بين التوكيل وغيره : أن الوكيل يفعل ذلك على سبيل النيابة عن وكله ،
والمملك ، والغير إنما يفعلان ذلك عن نفسيهما ، لأنهما ملكا ما كان يملكه
الزوج . وأما الفرق بين التخيير ، والتمليك .

ف قيل : أمر عرقى لا مشاركة لغة فيه ؛ فقولهم في المشهور - كما سيأتى -

(١) منح الجليل على مختصر خليل ج ٢ من ٢٨٤ لقائمة الشيخ محمد عيسى .

(٢) التاج والإكمال على مختصر خليل للواقى ٤٠٠ ص ٩١ .

أن للزوج أن يناكر المملكة دون الخسيرة، إنما هو أمر مستفاد من
العرف... (١).

تعليق

ذكر صاحب مواهب الجليل اعتراضاً على تقسيم النيابة في الطلاق
إلى أربعة أقسام حيث جمعت الرسالة داخلة في النيابة في الطلاق ثم رد على
الاعتراض؛ فقال: وفي جملة الرسالة داخلة في النيابة في الطلاق نظر؛
لأنه ليس فيها إلا النيابة في التبليغ لا في إيقاع الطلاق، إلا أن يريد بقوله:
النيابة فيه، ما هم أعم من النيابة في إيقاعه أو تبليغه (٢).

لا يملك الزوج الرجوع عن التخيير أو التملك

قال ابن رشد: إن مذهب مالك إن الرجل إذا ملك امرأته أمرها، أو غيرها،
فليس له أن يرجع عن ذلك، وحيل بينهما، حتى تجيب، فإذا أن تختار البقاء
مع زوجها، أو تختار نفسها، بمعنى أن تطلق نفسها.

التفويض المقيد

التفويض إما مطلق عن الزمن وعن العدد كقول الرجل لزوجته: طلق
نفسك متى شئت، وإما مقيد بزمن، أو بعدد، أو بمكان، فقال المقيد بزمن: كأن
يقول لها: ملكتك طلاقك إلى شهر مثلاً. والمقيد بعدد كأن يقول لها: طلق
نفسك واحدة، أو طلق نفسك ثلاثاً.

حق الرجل في الرجوع عن التفويض

أولاً - التوكيل

قال ابن شاس: إن للرجل أن يرجع في توكيله للغير بتطبيق أمراته،
سواء كان الغير أجنبياً أو الزوجة. واستثنى من هذه الحالة ما إذا كان الوكيل

قد أوقع الطلاق قبل رجوع الموكل فإنه يقع الطلاق ، وحالة ما إذا كان الوكيل هو الزوجة وتعلق بالتوكيل حق لها . أو تكون قد طلقت نفسها ، فإن الزوج لا يمكنه الرجوع .

ثانياً - التخيير والتفليك

قال ابن رشد : مذهب مالك أن الرجل إذا ملك امرأته أمرها ، أو خيرها ، فليس له أن يرجع عن ذلك . وحيل بينهما حتى تجيب - ووقفت - إن كان التفويض مقيداً بزمان ، ويتدخل الحاكم في هذه الحالة ، وبأمر الزوجة إما أن تجيب فوراً باختيارها الطلاق وإيقاعه ، أو باختيارها البقاء مع زوجها ، وردّها ما ملكها وخيرها من الطلاق ، وأما أن يسقط الحاكم حقها فيما ملكته من تطبيق نفسها بمقتضى التخيير ، أو التفليك ؛ حتى لا تبقى الزوجية في عصمة مشكوك فيها . قال ابن يونس : إن ملكها إلى أجل فلها أن تقضي مكانها ، قال مالك : وإن قال لها : «أمرك بيدك إلى سنة» ، فإنها توقف ، متى علم بذلك - أي الحاكم - ولا تترك تحته (أي الزوج) وأمرها بيدها حتى توقف فتقضي أو ترد - أي تقضي بطلاقها من زوجها أو ترد ملكها وخيرها - وزاد ابن الحاجب فقال : أو يسقطه الحاكم - ومن المدونة أيضاً - : «وإن قال لها : «إذا جاء غد فقد خيرتك» ، وقفت الآن فتقضي أو ترد . وإن وطئها قبل غد فلا شيء بيدها .

التفويض المشروط

قد يكون التفويض مشروطاً للمرأة في أصل العقد ، ففي المدونة إن شرط لها في عقد النكاح أنه إن تزوج عليها فأمرها بيدها ، فتزوج ، فقضت بالثلاث فلا منكرة له ... بقي بها أو لم يبق^(١) .

(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٩٥ . ومنع الجليل ج ٣ ص ٣ وحاشية المدسوق ج ٣ ص ٤٠٨ وما بعدها .

حق الزوجة فيما فوضت فيه

قال المالكية : المملوك ، والمخيرة ، إذا أجابت بحجوب صريح في الطلاق فإنه يعمل به . قال في المنطوية : فإذا لفظ بالتعليك فلا تخلو المملوك من أن تجيب الطلاق في واحدة ، أو في البتات ، أو بلفظ يدل عليه ، أو بحجوب يحتمل أن يريد به بعض الطلاق ، أو كله ، أو شيئاً غيره ، أو تسكت عنه . فأما إجابتها بصريح الطلاق الثلاث ، أو بلفظ يدل عليه مثل : أن تقول : قبلت نفسي ، أو اخترتها ، أو أبنتها ، أو حرمتها ، فينفذ عليه فإن سكت ، أو أنكره ولم يدع نية . ولا تخل له أبداً ، إلا بعد زوج ، ولا بلغت إلى قولها أنها أرادت به واحدة . وأما إجابتها بلفظ يشك فلا يدرى أرادت به الطلاق كله ، أو بعضه ، أو لم ترد به شيئاً فإنها تسأل . وكذلك إن قالت ، وهي غير مدخول بها : خلعت سيديك ، فإنها تسأل . كم أردت ؟

حقها في الصداق إذا طلقت نفسها

وقال في المنطوية : إذا وقع طلاق المملوك قبل الدخول فلها النصف من صداقها بخلاف المعتقة تختار نفسها قبل البناء تلك لاصداق . والتخير مثله .

حكم الطلاق بالتعليك

الطلاق بالتعليك إذا كان بعد البناء رجعي ، إلا أن يملكها الطلاق على مال فيكون باتناً كالخلع . وفي الشامل في ذلك قولان . ونص في أول التخيير ، من المدونة على أن له الرجعة ^(١) .

حق المفوضة في الرد

وقال المالكية إن للملكة ، والمخيرة ، رد ما جعل لها من التعليك ، والتخيير ، صريحاً أو ضمناً ؛ فمن الرد الصريح أن تقول لزوجها : رددت إليك ما جعلته

(١) مواهب الجليل للشيخ ج ٤ ص ٩٢ - والفتاوى والأحكام على هامشه ، ذات الجزء والصفحة .

لى ، أو لا أقبل ما جعلته لى - واعتبر المالكية أنه من قبيل رد التفويض أن تمكن الزوجة زوجها من وطنها طائعة . فلو لم تكن طائعة كانت على خيارها . وكذلك إذا كانت غير عالة بالتفويض . فإن ادعى على المصلحة العلم فالقول قولها . وإن أعدها بالتفويض فأمكنته من وطنها وادعت الجهل لم تعذر . فإن اختلفا فى الإصابة ، فهو يمينها ، وبكى تنكرها ، فالقول قولها مع يمينها (١) .

مقدمات الوطء تسقط حق الزوجة

قال الخطاب : وفهم من التوضيح أنها إذا أمكنته من مقدمات الوطء سقط خيارها . وهو كذلك . قال اللخمي : قال أصبغ : وإن رضيت بالخلو ، وإرخاء الستور ، أو غلق الباب ، مما يمكن فيه الوطء ، فقد سقط ما يدها إذا زعم أنه أصاب ، وإن قبلها وقالت : أكرهنى ، أو اغتفلنى . وقال : أطاعت . كان القول قولها مع يمينها ، بخلاف الوطء ، فإنه لا يكون الا على هيئة وصفة . وهذا كالحضرة يكون عن غفلة (٢) .

خير زوجته أو ملكها ثم أبانها ثم تزوجها ثانياً

ولو خير الرجل زوجته ، أو ملكها الطلاق ، ثم طلقها بانها . ثم تزوجها ثانياً ، يسقط ما يدها من خيار أو تملك : لأن مضمون التزويج الرضا بالإصابة (الوطء) وبه يستحق الصداق . والرضا بذلك يسقط ما يدها . إذ لو رضيت بالإصابة قبل الطلاق لسقط ما يدها وإن لم يصب (٣) .

يسقط الخيار المؤقت بانتهاء وقته

كما يسقط الخيار المؤقت بانتهاء وقته . هذا إذا لم يسقطه الحاكم ؛ ففي المدونة : إن قال : واختارى اليوم كله ، قضى اليوم ولم تختار فلا خيار لها ؛

لقول مالك : إن خيرها فلم تختَر حتى اقترقا من مجلسهما فلا خيار لها ، فكذا
إن مضى الوقت الذي جعل الخيار إليه ^(١) .

جواب المرأة الصريح بعمل به

قال ابن الحاجب : الصريح يعمل به في رد التملك قال في المدونة :
وطؤه إياها طوعا يزيل ما بيدها ، وإن ملك أمرها أجنبيا غل بيته ،
وبيتها ، وأمكته منها ، زال ما بيده .

فعلها ما يشبه الجواب

وإن فعلت المرأة ما يشبه الجواب : مثل أن تنقل ، أو تنقل متاعها ،
سئلت فإن قالت : لم أرد طلاقا صدقت .

الجواب غير الصريح في الطلاق

وإن قالت المرأة : قد قبلت ، أو قالت : قبلت أمرى أو قد قال لها
اختارى فقلت : اخترت ، أو اخترت أمرى . سئلت عن مرادها بهذا
القول . فإن قالت : أردت به الطلاق ، صدقت . وإن قالت : أردت به طلاقا
دون البتات ، لم يلزم . ولو قالت : أردت به طلاقا باتا ، لزوم ، ولا منكرة له .
لأن المذكور يحتمل الطلاق وعدمه ، فوجب سؤالها عن إرادتها بذلك .

مناكرة الرجل فيما أرادت الزوجة

أولا - سوى المالكية في المرأة التي لم يبن بها الزوج ، بين المخيرة وبين
المملوكة حق تطليق نفسها ، من حيث إثبات الحق للزوج في أن يناكرها إذا
اختارت أو طلقت نفسها ثلاثا ، فإذا ادعى الزوج أنه حينما خيرها ، أو ملكها
طلاقا : أنه لم يرد إلا طلاقا واحدة ، صدق ؛ لأن الطلاق الواحدة تبينها ، ففي
المدونة : وإن خيرها قبل البناء ، فقالت : قد اخترت نفسي ، أو طلقت نفسي ثلاثا ،

(١) : إجماع المطاب ج ٤ ص ٩٢ ، والتاج لا كليل على هامشة ذات الجزء والصفحة .

أو قالت : قد خليت سبيلى ، تريد بذلك الثلاثة ، فله أن يناكرها . فإن لم يرد بذلك إلا واحدة ، صدق ؛ لأن الواحدة تبينها ، والخيار والتخليك فيها سواء^(١) .

ثانياً - إن لم تزد المخيرة ، أو المملكة التى لم يبين بها عن طلبة واحدة ، فليس للزوج حق منكرتها .

ثالثاً - المملكة التى دخل بها ، والتى لم يدخل بها ، سواء فى أن للرجل حق منكرتها ان طلقت نفسها أكثر من واحدة . أما المخيرة التى دخل بها فإذا اختارت ثلاثاً فهى ثلاث . وليس للزوج حق منكرتها . قال ابن رشد : ذهب مالك إلى أن التملك يفترق عن التخيير ، فأخذ فى التملك بقول عبد الله ابن عمر : إذا ملك الرجل امرأته فالقضاء ماقضت ، إلا أن ينكر عليها ، فيقول : لم أرد إلا واحدة ، فيحلف على ذلك ، ويكون أملك بها ، مادامت فى عدتها . فإذا قال : أمرك يديك فقد جعل يدها ما كان يده من طلاقها . هذا ظاهر اللفظ ، ويحتمل أنه يريد به واحدة ، واثنين ، أو ثلاثاً . فإن كانت له نية فى ذلك قبلت مع يمينه ، وإن لم تكن له نية ، فالقضاء ماقضت به من واحدة ، أو ثلاث . وذهب فى التخيير إلى أنه لا يكون إلا ثلاثاً فى المدخول بها . فإن اختارت ثلاثاً فهى ثلاث ، وإن اختارت واحدة ، أو اثنتين ، فلا يكون شئ ، وإن كانت غير مدخول بها لحكمها حكم المملكة^(٢) .

شروط صحة المناكحة

والخلاصة أن الزوج ، الذى ملك زوجته تطليق نفسها ، الحق فى أن يناكرها فيما لو طلقت نفسها أكثر من واحدة . بالشروط الآتية :

(١) واجع مواهب الجليل للخطاب ج ٤ ص ٩٣ .

(٢) التاج والاكمل على هامش مواهب الجليل ج ٤ ص ٩٣ و ٩٤ .

١ - المبادرة بالمناكرة عقب تطليق المرأة نفسها ، قال ابن القاسم : من ملك امرأته ، فقصت بالبتة فلم يناكرها وادعى الجهل ، وأراد مناكرتها حين علم ، فليس له ذلك .

٢ - أن تكون للزوج نية محددة لعدد الطلقات التي ملكها لزوجته وقت التملك كأن يقول لزوجته : أمرك بيدك ، وتكون نيته وقت هذا القول أنه يملكها طلاقاً مثلاً . فالقول قوله مع يمينه . وإن لم تكن له نية ، فالقضاء ما قضت به ، قال مالك : من ملك زوجته قبل البناء ، أو بعده ، ولا نية له ، فالقضاء ما قضت . وإلا أن تكون له نية حين ملكها في كلامه الذي ملكها فيه ، فله ذلك ، ويحلف على مانوى قال أصيبغ : والنية ينتفع بها في هذا مانواه في أول كلامه . وأما ما جر من النية حين سمعها ، أو بعد أن ملكها فلا ينتفع بها . ونصر في المدونة على أنه إذا قال لها : أمرك بيدك ، أمرك بيدك ، فطلقت ثلاثاً مثل الزوج عما أراد . فإن نوى واحدة حلف وكانت واحدة ، وإن نوى الثلاث فهي الثلاث ، وإن لم تكن له نية ، فالقضاء ما قضت من واحدة فأكثر ، ولا مناكرة له . ونقل عن مالك رضى الله عنه قال : إذا ملكها ، فقالت له : كم ملكتني ، فقال مرة ، ومرة ، ومرة ، فإن قال : أردت واحدة حلف ، وصدق^(١) .

وقت اليمين ومكانه

قال ابن الموار : ويحلف الزوج مكانه في المدخول بها ؛ لأن له الرجعة مكانه . فإن لم يكن بنى فلا تلزمه الآن يمين ؛ لأنها قد بانث منه فإذا أراد نكاحها ، حلف على مانوى . ولا يحلف قبل ذلك ؛ إذ لعله يتزوجها .

٣ - كون الصيغة لا تهيد التكرار

قال ابن الحاجب : من شروط المناكرة ألا يقول لها : كلما شئت فأمرك بيدك . فإن قال لها ذلك فلا مناكرة .

٤ - عدم اشتراط التفويضي في العقد

من شروط جواز المناكرة أن لا يكون قد اشترط في العقد تمليك المرأة حق تطليق نفسها . فإذا كان قد شرط لها ذلك على الزوج في العقد فلا منكرة له . . دخل بها أم لا: ففي المدونة : إن شرط لها في عقد النكاح أنه إن تزوج عليها فأمرها بيدها، فتزوج عليها، فقصت بالثلاث، فلا منكرة له . . بنى أو لم يبن . وعن ابن يونس أنها لو قالت: أشهدوا، متى قتل زوجي ذلك ، فقد اخترت نفسي، فذلك يلزمه . قاله مالك : وهو أصوب .

٥ - كون المخيرة غير مدخول بها في التخيير المطاق

قال العلامة خليل : « ولا منكرة له إن دخل في تخيير مطاق . » وان قالت : طلقت نفسي، سئلت بالمجلس وبعده . فإن أرادت الثلاث لزمت في التخيير، وناكر في التمايك، وان قالت واحدة بطل التخيير ، ومن المدونة : من قال لامرأته بعد البناء : اختارى نفسك؛ فقالت قد اخترت ، فهي ثلاث، ولا منكرة للزوج أما إن قال لها: اختارى في واحدة . فقالت قد اخترت نفسي فقال الزوج . ما أردت الا واحدة ، فإنه يخلف وتزوجه واحدة ، وله الرجعة : لأن هذا تخيير مقيد بعدد معين . ويبطل خيارها في حاله الأخيرة لو قيد خيارها بطلقتين فقصت بواحدة فقط . ولا يبطل إذا قصت بأكثر مما حدده لها ، إلا أنه لا يلزم الزوج ما زادته الزوجة من طلاق . قال بذلك ابن عسكر في الارشاد ، والتتائي في شرحه : بهذا اعمل . لكن لو كان التفويض بالاختيار مطلقا ، فقصت بأقل من الثلاث فإنه يبطل^(١) . وقد لخص العلامة الحطاب هذا الموضوع فقال :

اختلف فيما يوجب التخيير على ستة أقوال ؛ قال في التوضيح : أشهرها مذهب الكتاب أن اختيارها ثلاثا، ولا منكرة للزوج، نوت المرأة الثلاث أم لا . وأن قضاءها بدون الثلاث لا حكم له ، ولا يقع شيء . ثم اختلفت

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٤ ص ٩٥ .

هل ذلك مسقط لخيارها ؛ لعدولها عما جعل لها، وهو المشهور، أو... لا ، ولا يكون لها بعد ذلك أن تقضى بالثلاث ، وهو قول أشهب ؟ قال ابن المراز متما للمشهور : ما لم يتبين منه الرضا بما أوقعت ، فيلزم ذلك ، وهل لزوم فيما أوقعت من باب الطلاق بالنية أولا ؟ تردد .
توقف ، إذا علق اختيارها على شرط

قال العلامة خليل : ووقفت إن اختارت بدخولها على ضررتها ، وقال الخطاب : هكذا في المدونة ؛ لحق الله في إبقاء العصمة على الشك .
رأى سحنون : وقال سحنون بسقوط حقها في الاختيار ، لأنها أجابت بغير ما جعل لها . وقد اعترض على قوله هذا .

مدة التخيير والتقليك ومجلس التفويض

رأى مالك الأخير : الرأي الذي رجع إليه الامام مالك هو أن حق التخيير ، والتقليك باقيان للزوجة المخيرة ، والمملكة ، في التخيير والتقليك المطلق العاري عن التقيد بالزمان ، (أو بالمكان) ، بما يدل على الإطلاق ، ما لم يوقفها الحاكم ، ويلزمها بإيقاع الطلاق ، أو رد ذلك إلى الزوج . فإن لم تفعل أسقطت من يدها هذا الحق . وكذلك يسقط هذا الحق بإسقاطها قولاً أو فعلاً ، كان تمكنه طائفة من وطنها . وقد كان مالك يرى أن المخيرة إذا مكنت زوجها من وطنها وكذا المملكة إذا مكنت زوجها من وطنها بطل ما يدها . وكان قوله ، أولاً ، أنهما إذا افترقا من المجلس ، أو طال المجلس بهما حتى يرى أنهما قد تركا ذلك وخرجا من الكلام الذي كانا فيه إلى غيره بطل . أما التفويض بلفظ يقتضي عدم التقيد بزمان فلا يسقطه افتراقهما ، أو طول المجلس ما لم توقف ؛ كما إذا قال لها : امرئ بيدك متى شئت . واختلف إذا وطئها ، هل يقطع وطؤها ، خيارها ؟ .. بهذا قال ابن القاسم . ومذهب أصبغ لا يقطع خيارها .

رأى ابن القاسم

يرى ابن القاسم رأى مالك الأول وهو أن مدة الخيار ، والتقليك ، مرهونة

بمجلس التفويض ، فإذا افرقا من المجلس ، ومكنت زوجهما من وطئها بطل الخيار والتملك . قال ابن القاسم : قول مالك الأول أعجب إلى ، وبه آخذ ، وعليه جماعة الناس .

تعليق التفويض على شرط

إذا علق الزوج تخيير زوجته ، أو تملكها طلاق نفسها ، بشرط فلا يثبت هذا الحق للمرأة إلا إذا وجد الشرط سواء كان الشرط فعلا لها أم زمنا يضي . أو فعلا لغيرها ، كتعليق الطلاق على شرط .

لا يشترط في الخيار بلوغ الزوجة

قال المالكية باشرط التمييز في المرأة عند تنجيزها التخيير ، أو التملك ، أو التوكيل : إذ ليس بلوغها شرطا في اعتباره . فإذا اختارت الصغيرة نفسها لزوم الطلاق ، لكن بشرط أن يكون التخيير صادرا من زوجها ، وهو بالغ .

اشتراط إطاقتها للوطء

اختلفت المالكية في اشتراط إطاعة المرأة للوطء وقت اختيارها للطلاق فهناك رأى يقول لابد لصحة اختيارها لنفسها أو تطليقها لنفسها من التمييز ، وإطاعة الوطء . وهناك رأى آخر لا يشترط إطاقتها للوطء بل الشرط هو التمييز فقط . والمعتمد هو أن المدار على التمييز . أطاقت الوطء أم لا ، فإن لم تكن مميزة فلا يعتبر ما أوقعته ، وما جعل لها من التخيير والتملك فهو ثابت لا يبطل ، فيستأنى بها حتى تميز أو توطأ^(١)

مجلس العلم بالتفويض

إذا كانت الزوجة غائبة عن زوجها حين تخييرها أو تملكها ، وبلغها التخيير أو التملك ، فقبل : لها حق الاختيار غير مقيد هذا الحق بمجلس التفويض ، قال اللخمي : اختلف إذا خيرها وهي غائبة ؛ فقبل : لها ذلك بعد المجلس ، وهو أحسن ؛ إذ ليس ثم من يجاوبه .

(١) (٢٠) الدسوقي على الصرح الكبير ج ٢ ص ٤١٤ ، ومواهب الجليل لمرح مختصر خليل

ج ٤ ص ٩٥ ، ٩٨ ومنع الجليل للشيخ عليش ج ٣ ص ٢٨٨ ، ٢٨٩ .

التفويض لغير الزوجة

من المدونة قال مالك : إذا ملكها أمرها ، أو ملك أمرها أجنبياً ، ثم بدا له فليس له ذلك والأمر إليهما . وقال الخطاب : قال الشارح في الوسط في شرح قول المصنف : وله التفويض لغيرها : وهل له عزل وكيله ؟ قولان . قوله : وله التفويض لغيرها... هذا هو المشهور . وهو مذهب المدونة . وقال أصبغ : ليس له تفويض أمر امرأته لغيرها ، ويرجع الأمر إليها ، فإذا قضت ، أو ردت ، وعلى الأول : فهل للزوج عزل الوكيل إذا أراد ذلك ، وهو قول مالك في المبسوط ونحوه في المدونة ، أو لا . ونحوه لعبد الملك ؟^(١) .

إذا قارن التخيير والتفليك خلع

نقل عن مالك روايتان فيمن خير زوجته ، أو ملكها الطلاق ، نظير مال أعطته له زوجته ، فقد روى عنه ما يفيد أن له المناكحة فيما زادت على الثلاث ، ونقلت عنه رواية ثانية : أنه لا مناكحة له ، قال ابن رشد : يختلف قول مالك في الرجل يملك امرأته ، أو يخيرها على شيء تعطيه إياه ، فرة رأى التخيير في ذلك جارياً على سنة لا تأثير لما أعطت من المال في شيء من ذلك ؛ لأنها إنما أعطته المال ، على أن يملكها أو يخيرها ؛ فإذا ملكها ، أو خيرها ، وجب له المال ، وكان لها في ذلك سنة الخيار ، والتفليك . وهو قوله في هذه الرواية : فإن خيرها فقضت بالثلاث لم يناكرها ، وإن قضت بدونها لم يكن لها شيء . وإن ملكها فقضت بما فوق الواحدة ، كان له أن يناكرها ، وتكون له الرجعة . ومرة رأها بما أعطته من المال في حكم المملوكة والخيرة قبل الدخول ؛ لأنها تبين بالواحدة بسبب المال كما تبين المطلقة قبل الدخول بواحدة بسبب أنه لا عدة عليها ، فيكون له أن يناكرها في التخيير ، والتفليك إن قضت بما فوق الواحدة ، وتكون طالقة بائنة . وعلى هذا القول يأتي قول ابن القاسم

(١) مواهب الجليل للخطاب ج ٤ ص ٩٨ .

في رسم أوصى ، ورسم إن خرجت من سماع عيسى . وعليه قيل : إن من أعطته امرأته شيئاً على أن يطلقها ثلاثاً ، فطلقها واحدة ، أنه لا حصة له في ذلك ، إذ قد نالت بها ما نالت بالثلاث : إذ هي بائنة^(١) .

المذهب الشافعي

تفويض الطلاق

حكم تفويض الطلاق للزوجة

قال الشافعية : إن تفويض الطلاق للزوجة جائز . والدليل على جوازه ثابت بالكتاب والسنة والإجماع :

الكتاب

فمن الكتاب قوله تعالى يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحاً جميلاً ، وإن كنن تردن الله ورسوله والدار الآخرة ، فإن الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيماً^(٢) .

وجه الاستدلال

واضح من النص القرآني السابق أن الله سبحانه وتعالى طلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يخير نساءه بين المقام معه وبين مفارقه . وهذا كاف في الجواز ، إذ لا يطلب من الرسول أن يأتي بأمر محرم شرعاً .

السنة

أما السنة فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم خير نساءه بين المقام معه وبين مفارقه لما نزل قوله تعالى : يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنن تردن الحياة الدنيا وزينتها... إلخ فلم يمكن لاختيارهن الفرقة أن لم يكن لتخيرهن معنى ؛ فإن قيل : لا دليل في ذلك ؛ لما صححه من أنه لا يقع الطلاق باختيارهن

(١) مواهب الجليل لفرح مختصر خليل للحطاب ج ٤ ص ٩٣ .

(٢) الأختان ٢٧ و ٢٨ من سورة الاحزاب

الدنيا . بل لابد من إيقاعه بدليل : « فتعالين أمتعن وأسرحن ، أجيب بأنه لما فوض إليهن سبب الفراق ، وهو اختيارهن للدنيا ، جاز أن يفوض إليهن المسبب الذي هو الفراق .

التفويض الصريح

قسم الشافعية تفويض الزوجة ، من حيث عبارته ، إلى صريح وكناية . ومثلوا للصريح بقول الرجل لزوجته : طلق نفسك .

الكناية

أما الكناية فمثلوا له بقول رجل لزوجته : أيدني نفسك .

التفويض تمليك

في الجديد أن التفويض تمليك للزوجة ، لا توكيل لها ، في إيقاع الطلاق . وفي المذهب رأى يقول إنه من قبيل التوكيل لا التمليك .

شروط التفويض

ولأن الراجح هو إعطاء التفويض حكم التمليك ، فقد اشترط أصحاب هذا الرأي لصحة التفويض الشروط الآتية : -

١ - التكليف : بمعنى أن يكون التفويض صادرا من الزوج المكلف (وهو البالغ العاقل) ، وأن تكون الزوجة مكلفة (أى بالغة عاقلة) فلا يصح تفويض الصغيرة ، ولا المجنونة كسائر التمليكات .

٢ - أن يكون جواب الزوجة (قبولها) فوريا بإيجاب الزوج ، ولا يضر الفاصل القصير إلا إذا اقترنت عبارة التفويض بما يفيد امتداد زمن الجواب من المرأة كأن يقول لها : طلق نفسك متى شئت أو متى ، ما شئت . وهذا على الأصح - وقد علل الشافعية لاشتراطهم فورية جواب المرأة بقولهم : إن التطليق هنا جواب التمليك الصادر من الزوج فكان كقبوله . والقبول

لا بد فيه من أن يكون فور الإيجاب — وتفرجا على هذا الرأي لو أغرت المرأة الجواب بقدر ما ينقطع به القبول عن الإيجاب ، أو قال كلام أجنبي كثير بين تفويضه ، وبين تطليقها ، ثم طلقت نفسها ، لم تطلق .

٣ — أن يكون التفويض بعبارة متجزة فلو قال رجل لزوجته : إذا جاء رمضان فطلق نفسك ، لنا هذا القول عند من يرى أن التفويض تمليك ؛ لأن التمليك لا يصح تعليقه — كما لو قال ملكتك هذا العبد إذا جاء رأس الشهر — لكن يجوز هذا التفويض عند من يرى أن التفويض توكيل بالطلاق ، لا تمليك .

٤ — إذا كان التفويض بالكتابة فيشترط فيه نية الطلاق من الزوج والزوجة فإن لم ينويا أو نوى أحدهما فقط وطلقت المرأة نفسها فلا يقع الطلاق . لأنه إن لم ينو هو فلا تفويض وإن لم تنو هي فلا تطليق فالطلاق لا يقع بلفظ : أبني نفسك وحده ، دون النية . لكن لو كان التفويض صريحا فكنت في جوابها ، كقولها لها : طلقي نفسك ؛ فقالت أبنت نفسي ، ونوت الطلاق ، وقع الطلاق أو كان التفويض كناية ونوى الطلاق فصرحت بالطلاق بأن قالت : طلقت نفسي ، وقع الطلاق .

مطابقة الجواب للإيجاب

لو قال لها : طلقي نفسك ثلاثا ونوى ثلاثا فقالت طلقت نفسي ونوتهن . وقد علمت نية ، أو وقع ذلك اتفاقا ، فيقع ثلاث ؛ لأن اللفظ يحتمل العدد وقد نوباه — وإذا نوى ثلاثا ولم تنو عددا وقعت واحدة وكذلك إذا لم ينويا عددا ، وكذلك إذا نوى أحدهما فقط ؛ لأن صريح الطلاق كناية في العدد فلا بد من النية . ولو قال لها : طلقي نفسك ثلاثا ، فوحدت ؛ بأن قالت طلقت نفسي واحدة ، أو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلعت نفسها ثلاثا تقع في صورتين طليقة واحدة ؛ لأن في الصورة الأولى ما أوقته داخل في نفوض إليها . أما في الصورة الثانية ؛ فلأن المفوض إليها واحدة والزائد غير مأذون فيه ، فيقع ما تملكه .

تنبيهات

١ - يلاحظ أنه لو ملك الرجل زوجته أن تطلق نفسها ثلاثاً وطلقت واحدة، ثم راجعها الزوج أو لم يراجعها، أن للمرأة أن تزيد الثنتين الباقيتين على الواحدة التي أوقعها فوراً إذ لا فرق بين أن تطلق نفسها ثلاثاً دفعة واحدة وبين أن تطلق نفسها واحدة، وواحدة، وواحدة. ولا يقدح تخلل الرجعة من الزوج.

٢ - في التفويض الصريح والجواب بالصريح إذا حدد الزوج عدد الطلقات التي فوضها وأجابات الزوجة بتطبيق نفسها دون تحديد للعدد وقع العدد الذي ذكره الزوج في عبارته؛ لأن قولها: جواب لكلامه، فهو كالمعاد في الجواب، بخلاف ما إذا لم يتلفظ بالثلاث ونواها؛ لأن المنوى لا يمكن تقدير عوده في الجواب؛ إذ التخاطب باللفظ لا بالنية.

٣ - لو طلقت نفسها عبثاً، ونوت، فصادف التفويض، ولم يطل الفصل بينهما طلقت.

٤ - لو فوض طلاق زوجته إلى اثنين وطلق أحدهما طليقة، والآخر ثلاثاً وقعت واحدة فقط.

٥ - لو قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت، فطلقت واحدة، أو قال: طلقي نفسك واحدة إن شئت، فطلقت ثلاثاً، طلقت واحدة كما لو لم يذكر المشيئة.

٦ - ولو قال لزوجته: طلقي نفسك إن شئت واحدة فطلقت ثلاثاً أو عكسه لغا؛ لصيرورة المشيئة شرطاً في أصل الطلاق. والمعنى طلقي إن اخترت الثلاث، فإذا اختارت غيرهن لم يوجد الشرط - بخلاف ما إذا أخر المشيئة عن العدد فإنها ترجع إلى تفويض المعنى. والمعنى: فوضت إليك أن تطلق نفسك ثلاثاً فإن شئت فافعلي ما فوضت إليك^(١).

(١) مني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٨٦، ٢٨٧.

المذهب الحنبلي

تفويض الطلاق

قال الحنابلة : جعل الشارع أمر الطلاق للزوج مخيراً فيه بين أن يطلق بنفسه ، وبين أن يوكل فيه ، وبين أن يفوضه إلى المرأة ، ويجعله إلى اختيارها بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم خير نساءه فاخترته .

أقسام التفويض

وقسم الحنابلة التفويض باعتبار صيغته إلى صريح وكناية . وتفصيل ذلك فيما يلي : -

التفويض الصريح

وهو التفويض بعبارة لا يحتاج فيها لإيقاع المفوض له الطلاق إلى نية إيقاعه من المفوض ، وهو الزوج أو دلالة حال ، كقوله لزوجته : طلق نفسك .

الكناية

أما الكناية فهي التفويض بما يحتاج لإيقاع الطلاق به إلى نية من الزوج أو دلالة حال كما في سائر الكنايات كقول الزوج لزوجته : « أمرك بيدك ، و « اختارى نفسك » .

« أمرك بيدك » توكيل ، وله فسخه

إذا قال الرجل لزوجته : « أمرك بيدك » فلها أن تطلق نفسها في مجلس التفويض ويعد . مهما طال الزمن . ما لم يرجع عن هذا التفويض ، قولاً ، أو عملاً ، بأن يطأها . كما يبطل هذا التفويض برد المرأة أو رد ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الحكم ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال مالك ، والشافعي ، والاحناف : إن هذا التفويض مقصور على المجلس ، ولاطلاق لها بعد مفارقتها ؛ لأنه تخيير لها فكان مقصوراً على المجلس ، كقوله : اختارى . وأيضاً فهذه العبارة بمثابة تمليك الرجل لزوجته عصمتها التي يملكها ، فلم يملك الرجوع ؛ كما لو طلقت نفسها فور قوله لها : « أمرك بيدك » .

دليل الحنابلة

استدل الحنابلة لرأيهم بالإجماع والمعقول فقالوا :

الإجماع

أما الإجماع فاروى من قول على رضي الله عنه في رجل جعل أمر أمرائه بيدها ، فقال : هو لها حتى تنسل ، ولم يعرف حتى الآن أن صحابيا خالف عليا في هذا الرأي ، فيكون إجماعا .

المعقول

قال الحنابلة : إن قول الرجل لزوجته «أمرك بيدك» هو نوع من التوكيل في الطلاق فكان على التراخي ؛ كما لو جعله لأجنبي . وفارق قوله : «اخترى» فإنه تغيير فإن رجع الزوج فيها جعل إليها ، أو قال : «فسخت ما جعل إليك»... حيث يبطل هذا التوكيل . وإن وطئها الزوج كان رجوعا ؛ لأنه نوع توكيل . والتصرف فيها وكل فيه يبطل الوكالة .

رد الحنابلة أدلة معارضتهم

قال الحنابلة : إن قول الرجل لزوجته : «أمرك بيدك» توكيل لا تمليك ، فكان له الرجوع فيه كالتوكيل في البيع ؛ وكما لو خاطب بذلك أجنبيا والقول : إنه تمليك غير صحيح ؛ فإن الطلاق لا يصح تمليكه ، ولا ينتقل عن الزوج ، وإنما ينوب فيه غيره عنه . فإذا استتاب غيره فيه كان توكيلا لاغير ، ثم ، وإن سلم أنه تمليك ، فالتمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به ، كالبيع . وإن ردت المرأة ما جعل إليها بطل كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل .

لا بد من النية في السكتاية أو دلالة حال

ويرى الحنابلة أنه لا بد من نية الزوج الطلاق بيمينته التي وجهها لزوجته : «أمرك بيدك» ؛ لأنه كناية ، فلو اختلف الزوجان ، فقال الزوج : لم أنو الطلاق

بقولى : « أمرك بيدك » ، وقالت الزوجة : بل نويت . كان القول قوله ؛ لأنه أعلم بنيتة ، ولا سبيل إلى معرفتها إلا من جهته ، ما لم يكن جواب سؤال ، أو معها دلالة حال .

التصریح بما يفيد إرادة الطلاق

لو قال الزوج لامرأته : أمرك بيدك فقالت : قبلت ، لم يقع شيء ؛ لأن أمرك بيدك توكيل ، فقولها فى جوابه : قبلت . ينصرف إلى قبول الوكالة ، فلم يقع شيء ؛ كما لو قال لأجنبي أمر امرأتى بيدك ، فقال : قبلت ومثل ما تقدم فى المحكم مالمو قالت : أخذت أمرى . نص أحمد على ذلك فى رواية إبراهيم بن هانىء إذا قال لامرأته : أمرك بيدك فقالت قبلت ليس بشيء حتى تبين ، وقال : إذا قالت : أخذت أمرى ليس بشيء (١) .

تأثير النية فى التفويض الصريح

يرى الحنابلة أن التفويض قد يكون مقيدا بزمن ، أو عدد ، أو مكان ؛ فلو قال الرجل لزوجته : « طلقى نفسك » ، ونوى عددا فهو على ما نوى . وإن أطلق من غير نية لم يملك إلا واحدة ؛ لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم . وكذلك الحكم أو وكل أجنبياً ؛ فقال له : طلق زوجتى . فالحكم على ما بيناه . قال أحمد : إذا قال لامرأته : « طلقى نفسك » ، ونوى ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثا فهى ثلاث . وإن كان نوى واحدة فهى واحدة ؛ وذلك لأن الطلاق يكون واحدة ، وثلاثا فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله ، وإن لم ينو تناول اليقين وهو الواحدة فإن طلقت نفسها ، أو طلقها الوكيل فى المجلس أو بعده وقع الطلاق لأنه توكيل .

(١) المبنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٣٩٨ والفرع الكبير على هامشه ذات الجزء والمصحة .

رأى آخر يقيد الطلاق بالمجلس

قال القاضي : إذا قال رجل لزوجته : « طلق نفسك » ، فتقيد بالمجلس ؛ لأنه تفويض للطلاق إليها ، فتقيد بالمجلس ، كقوله : « واختارى » .

دليل الرأى الرابع

استدل من قال بأن التفويض الصريح توكيل لا تمك لا يتقيد الحق بالمجلس . بل للفوض إليه الطلاق أن يطلق في المجلس ، أو بعده ، بقولهم : إن ما حدث هو توكيل في الطلاق ، فكان على التراخي كتوكيل الأجنبي وكقوله : « أمرك بيدك » . وفارق اختارى ، فإنه تخيير وما ذكره ينتقض بقوله : « أمرك بيدك » .

التفويض الصريح لا يتوقف على إجابة صريحة

المرأة التي فوض إليها تطبيق نفسها بقول زوجها لها : « طلق نفسك » ، لها أن توقع الطلاق بلفظ صريح ، أو كناية مع النية . خلافا لرأى بعض الشافعية القائل بأنه ليس لها أن توقع الطلاق بالكناية ، بحجة أن الرجل فوض إليها الطلاق بلفظ الصريح ، فلا يصح أن توقع غير ما فوض إليها .

دليل الختابة

قال الختابة : إن الرجل قد فوض إلى المرأة الطلاق ، وقد أوقعت ، فوقع ، كما لو أوقعت بلفظ الصريح . وما ذكر من أن التفويض إليها كان بلفظ صريح ، فلا يصح أن توقع غير ما فوض إليها غير مسلم به ؛ لأن ما حدث هو توكيل للمرأة في إيقاع الطلاق على نفسها . والتوكيل في شيء لا يقتضى أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر من جهته ؛ كما لو قال لوكيله : بع دارى حيث يحوز بيعها بلفظ التملك .

طلق نفسك ثلاثا

ولو ذكر الزوج في تفويضه عددا بأن قال لزوجته : طلق نفسك ثلاثا . فطلقت نفسها وإحدة ، وقع الطلاق . وقال مالك . لا يقع شيء . لأنها لم تمتثل أمره .

دليل الحنابلة

قال الحنابلة : لو إن الرجل ملك زوجته - بطريق التوكيل - إيقاع ثلاث طلاقات تملك إيقاع واحدة بمقتضى هذا التملك كالموكل ؛ ولأنه لو قال : وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة ، فقال : قبلت واحدا منهم ، صح ، فكذا ههنا .

طلق واحدة فطلقت ثلاثا

ولو قال الرجل لزوجته : طلق نفسك واحدة ، فطلقت نفسها ثلاثا ، وقعت واحدة . وبهذا قال المالكية والشافعية - وقال أبو حنيفة : لا يقع شيء . لأنها لم تأت بما يصلح قبولا ، فلم يصح ، كما لو قال : بعتك نصف هذا العبد ، فقال : قبلت البيع في جميعه .

دليل الحنابلة

قال الحنابلة : إن المرأة أوقعت طلاقا مأذونا فيه وغيره . فوقع المأذون فيه دون غيره . كما لو قال : طلق نفسك ، فطلقت نفسها ، وضرأمرها .

إنكار ما زاد على طلاقة واحدة في الصريح

لو قال الزوج لزوجته : « طلق نفسك » فطلقت نفسها ثلاثا وقال الزوج : لم أجعل إليها إلا واحدة ، لم يلتفت إلى قوله . والقضاء ما قضت .

رأى آخر

وقال القاضي : نقل عبد الله عن أحمد ما يدل على أنه إذا نوى واحدة فهي واحدة ؛ لأنه نوع تخيير ، فيرجع إلى بنته فيه .

دليل رأى الأول

قال أصحاب رأى الأول ، وهو الراجح في المذهب : إن قول الرجل : طلق نفسك لفظ يقتضى العموم في جميع أمرها ، لأنه اسم جنس مضاف فيتناول الطلاقات الثلاث ، كما لو قال : طلق نفسك ما شئت . ولا يقبل قوله أردت واحدة ؛ لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ . ولا يدين في هذا ، لأنه من الكنايات الظاهرة ، والكنايات الظاهرة تقتضى ثلاثا .

تفويض غير الزوجة في الطلاق

إذا جعل الرجل أمر زوجته يد غيرها صح، وحكمه حكم ما لوجعله يدها، في أنه يده في المجلس وبعده، لأنه توكيل مطلق، فيكان على التراخي، كالتوكيل في البيع - ولذلك فله أن يطلقها ما لم يفسخ الزوج التفويض أو يطا زوجته المفوض أمرها للغير. وله أن يطلق واحدة، وثلاثاً، كالمراة.

أهلية المفوض لها الطلاق بالعقل والتمييز

ليس للزوج أن يجعل الأمر إلا بيد من يجوز توكيله، وهو العاقل. فأما الطفل، والمجنون فلا يصح أن يجعل الأمر بأيديهم. فإن فعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه. وإن جعله في يد صبي يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته. وقد نص أحمد هنا على اعتبار وكأنه بطلاقه فقال: إذا قال لصبي طلق امرأتى ثلاثاً فطلقها ثلاثاً لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق، أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها، أكان يجوز طلاقه؟ فاعتبر طلاقه بائناً كالة بطلاقه لنفسه. ولو جعل أمر الصغيرة، والمجنونة، يدها لم تملك ذلك.؟ نص على ذلك أحمد في امرأة صغيرة قال لها زوجها: أمرك بيدك، فقالت: اخترت نفسي، فقال: ليس بشيء. حتى يكون مثلها يعقل. وهذا، لأنه تصرف بحكم التوكيل، وليس من أهل التصرف. وظاهر كلام أحمد أنها إذا عقلت الطلاق، وقع طلاقها وإن لم تبلغ، كما هو الحال عندهم في الصبي إذا طلق.

رواية أخرى

وفي المذهب رواية أخرى أنه يشترط، لوقوع الطلاق من المفوض له الطلاق، البلوغ والعقل، فلو طلق الصبي لا يقع طلاقه حتى يبلغ. وكذلك المرأة الصغيرة.

تفويض أكثر من واحد

إذا جعل أمر الزوجة في يد اثنين، أو وكل اثنين في طلاق زوجته مع
وليس لأحدهما أن يطلق على الإفراد إلا أن يجعل ذلك إليه؛ لأنه إنما رضى
بتصرفهما جميعاً . وبهذا قال مالك والشافعي : فإن طلق أحدهما واحدة،
والآخر ثلاثاً، وقعت واحدة . وقال الثوري لا يقع شيء . واحتج الحنابلة لرأيهم
بأنهما طلقا جميعاً واحدة ما ذوتا فيها ، فصح ، كما لو جعل إليهما واحدة^(١) .

مخالفة الجواب لعبارة التفويض

لو قال الرجل لزوجته : طلق نفسك ؛ فقالت : أنا طالق ، إن قدم زيد ، لم
يصح ؛ لأن إذنه انصرف إلى طلاق منجز ، فملقته على شرط . والمجز لا يتناول
المعلق . وحكم توكيل الأجنبي في الطلاق حكمها في ما ذكرناه كله .

التفويض نظير عوض كالتفويض بلا عوض

قال الحنابلة : للرجل حق الرجوع فيما فوض فيه زوجته من طلاق ، قبل
أن تطلق نفسها ، سواء كان هذا التفويض نظير عوض مالى ، أو بلا عوض .
كما قالوا يطلان هذا التفويض بوطء الزوج زوجته التي جعل لها حق
الطلاق . قال أحد : إذا قالت امرأته : اجعل أمرى يدي وأعطيك عبدى
هذا ، وقبض العبد وجعل أمرها بيدها ، فلها أن تختار ما لم يبطأها ، أو ينقضه ،
لأنه توكيل ، والتوكيل لا يلزم بدخول العوض فيه . وكذلك التملك بعوض
لا يلزم ما لم يتصل به القبول ، كالبيع .

التفويض بلفظ « اختارى نفسك » يتقيد بالمجلس

قال صاحب المفتى^(٢) : أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور أن
اختارت في وقتها ، والا فلا خيار لها بعده . روى ذلك عن عمر ، وعثمان ،

(١) المفتى لابن قدامة المحلى ج ٨ ص ٢٩٣ الطبعة الأولى بمطبعة المطار سنة ١٣٤٨ هـ .

(٢) المفتى لابن قدامة المحلى ج ٨ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ .

وابن مسعود ، وجابر رضى الله عنهم . وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ،
وجاهد ، والشعبى ، والنخعى ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ،
وأصحاب الرأى . وقال الزهرى ، وقتادة ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ،
ومالك فى إحدى الروايتين : هو على التراخى . ولها الاختيار فى المجلس وبعده
ما لم يفسخ أو يطلأ . واحتج ابن المنذر بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم
لعائشة كما خيرها : « انى ذا كرك أمر فلا عليك ألا تعجلى حتى تستأمرى
أبيك » ، وهذا يمنع قصره على المجلس ، ولأنه جعل أمرها اليها فأشبهه :
« أمرك بيدك »^(١) .

دليل الحنابلة

١ - إجماع الصحابة

استدل الحنابلة بما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال : قضى عمر .
وعثمان ، فى الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما لم يتفرقا :
وعن عبد الله بن عمر قال : « ما دامت فى مجلسها » . ونحو ذلك روى
عن ابن مسعود ، وجابر . ولم تعرف لهم مخالفا فى الصحابة فكان إجماعا .

٢ - المعقول

وقال الحنابلة : إن عبارة الرجل : « اختارى نفسك » ، هى خيار تمليك ،
فكان على الفور ، كخيار القبول .

رد أدلة المخالفين

وقال الحنابلة : إن الخبر لا يفيد المدعى ؛ إذ الخلاف فى التخيير المطلق ،
أما الخبر فیه تخيير على سبيل التراخى : « فلا عليك أن تعجلى حتى تستأمرى
أبيك » . أما « أمرك بيدك » ، فلا يقاس عليه « اختارى » ؛ لأن أمرك بيدك
توكيل ، والتوكيل بعم الزمان ، ما لم يقيد ، بخلاف مسألتنا^(١) .

(١) الذى لابن قتادة الخيار من ٢٩٤ ، ٢٩٥ .

مبطلات الخيار

اشترط الحنابلة في التخيير أن تجيب المرأة باختيارها فرقة زوجها عقب كلامه، إلا إذا قيد العبارة بما يفيد امتداد الزمن. فإذا انتهى مجلس التفويض ولم تجب، أو ظل المجلس لكنهما خرجا من الكلام الذي كانا فيه إلى غير ذكر الطلاق، وتكلمتا في موضوع آخر بطل خيارها. قال أحمد: إذا قال لا مرأته: اختارى، فلها الخيار ماداما في ذلك الكلام، فإن طال المجلس وأخذنا في كلام غير ذلك، ولم تختار فلا خيار لها. وقال أحمد أيضا: الخيار على مخاطبة الكلام أن تجاوبه، ويجاوبها. إنما هو جواب كلام إن أجابته من ساعته، وإلا فلا شيء؛ لأن ما حدث من الزوج بمثابة تمليك مطلق، وقد تأخر قبوله عن أول حال الإمكان، فلم يصح.

خروج الزوج أو الزوجة من المجلس

كما يبطل خيار المرأة بخروجها من المجلس قبل أن تجيب، ويبطل الخيار أيضا بخروج الزوج من المجلس قبل أن تختار المرأة فراقه. وقال أبو حنيفة يبطل الخيار بخروجها قبل قيامه: بناء على أصله في أن الزوج لا يملك الرجوع مما فوض فيه. المرأة من الطلاق. أما عند الحنابلة فللزوجة حق الرجوع فيما وكل فيه، أو فوض، من الطلاق، فبقيامه قبل اختيارها الفرقة يبطل هذا الخيار ولو كان أحدهما قائما فبشي يبطل الخيار. أما لو قعد لم يبطل؛ إذ القيام يبطل الفسك، والارتياح، في الخيار فيكون إعراضا. أما القعود فبخلافه، وإن كانت في صلاة فآتمتها لم يبطل خيارها. وإن أكلت شيئا يسيرا لم يبطل؛ لأن ذلك ليس باعراض، فإن جعل لها الخيار متى شاءت، أو في مدة فلها ذلك في تلك المدة. وإذا قال لها: اختارى إذا شئت، أو متى شئت، أو متى ماشئت فلها ذلك؛ لأن هذه تفيد جعل الخيار لها في عموم الأوقات.

اختارى اليوم، وغدا . وبعد غد

قال الحنابلة : ولو قال لها : اختارى اليوم ، وغدا وبعد غد ، فلها ذلك ، فان ردت الخيار في اليوم الاول بطل في الأيام الباقية ؛ لأنه خيار واحد في مدة واحدة ، فإذا بطل أوله ، بطل ما بعده ، كما لو كان الخيار في يوم واحد ، كخيار الشرط وخيار المعتقة . ولا نسلم أنهما خياران ، وإنما هما خيار واحد في يومين .

اختارى نفسك اليوم ، واختارى نفسك غدا

ولو قال لها : اختارى نفسك اليوم ، واختارى نفسك غدا ، فردته في اليوم الأول ، لم يبطل في الثاني ؛ لأنها خياران ؛ لأن كل واحد ثبت بسبب مستقل مفرد .

خيرها مدة ، ثم تزوجها ، لا يعود الخيار

ولو خيرها مدة كشهرا أو سنة فأختارت الفراق ، ثم عادت فتزوجها ثانيا ، لا يعود لها الخيار ، وإن كان الزمن المحدد للخيار لازال باقياً . وعند أبي حنيفة لها الخيار . ولو لم تختَر نفسها ، أو أختارت زوجها ، وطلقها الزوج ثم تزوجها ، بطل خيارها ؛ لأن الخيار المشروط في عقد لا يثبت في عقد سواه .

دليل الحنابلة

إن المرأة باختيارها الفراق قد استوفت ما جعل لها في هذا العقد ، فلم يكن لها عقد ثان ، كما لو اشترط الخيار في ساعة مدة ، ثم فسخ ، ثم اشترأها بعد آخر في تلك المدة .

تنبيه

الحكم السابق بيانه في التفويض بالتخير ، يثبت في التفويض بقوله : أمرك بيدك ؛ لأنه نوع تخيير .

تحديد الزمن

يبدأ الزمن المقيد به التخيير ، أو التوكيل (أمرك بيدك) من وقت النطق بالتفويض فلو قال الرجل لزوجته : لك الخيار يوما ، أو أمرك بيدك يوما ، فابتدأؤه من حين نطق به إلى مثله من الغد ؛ لأنه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك . وأن قال : شهرا فن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يوما إلى مثل تلك الساعة ، وإن قال : اليوم أو الشهر ، أو السنة ، فهو على ما بقى من اليوم ، والشهر ، والسنة .

التخيير المطلق ينصرف إلى طلبة رجعية

لفظة التخيير لا تقتضى بمطلقها أكثر من تطلبة رجعية . قال أحد : هذا قول ابن عمر ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وعمر ، وعائشة رضي الله عنهم . وروى ذلك عن جابر ، وعبدالله بن عمر . وقال أبو حنيفة : هي واحدة بانه ؛ لأن اختيارها يقتضى زوال سلطانه عنها ، ولا يكون ذلك إلا بالبينونة . وقال مالك : هي ثلاث في المدخول بها ؛ لأن المدخول بها لا تبين بأقل من ثلاث إلا أن تكون بموضع .

دليل الخنابلة

استدل الخنابلة بالاجماع ، والمعقول ؛ فقالوا :

الاجماع

لقد أجمع صحابة رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، على أن المرأة إذا اختارت نفسها تقع طلبة واحدة ، وهو أحق بها . قال بذلك من سمعناهم سابقاً من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم ... رواه البخاري عنهم بإسانيده ، ولم نعرف لهم مخالفا في ذلك .

المعقول

إن قول الرجل لزوجته : واخترى ، تفويض مطلق ، فيتناول أقل ما يقع

عليه الاسم ، وذلك طلقة واحدة ، ولا يجوز أن تكون بائنا ؛ لأنها طلقة بغير عوض ، لم يكل بها العدد بعد الدخول ، فأشبهه^(١) ما لو طلقها واحدة .

أما قول الرجل : امرك يدك ، فإنه للعموم ؛ لأنه اسم جنس ، فيتناول جميع أمرها بخالف قول الرجل لزوجته : واختارى . . . لكن ان جعل اليها الإختيار أكثر من ذلك فلما ما جعل اليها ، سواء جعله بلفظة مثل أن يقول : اختارى ماشئت ، واختارى الطلقات الثلاث ان شئت ، فلما ، في هذه الحالة ، أن تختار ذلك ، فإن قال : اختارى من الثلاث ماشئت ؛ فلما أن تختار واحدة ، أو اثنتين وليس لها اختيار الثلاث بكالها ؛ لأن من للتبعض فقد جعل لها اختيار بعض الثلاث ، فلا يكون لها اختيار الجميع .

يرجع إلى النية

لو نوى الرجل بقوله لزوجته : إختارى عددا فإنه يرجع إلى ما نواه ، لأن قوله : إختارى... كناية خفية ، فيرجع في قدر ما يقع بها إلى نيته ، كسائر الكنايات الخفية . فإن نوى ثلاثا ، أو اثنتين ، أو واحدة ، فهو على ما نوى . وإن أطلق النية فهي واحدة . وإن نوى ثلاثا ، فطلقت أقل منها ، وقع ما طلقته ، لأنه يعتبر قولها جميعا ، فيقع ما اجتمعا عليه كالوكيلين إذا طلق واحد منهما واحدة والآخر ثلاثا .

لوردت الخيار ، أو الأمر لا يقع شيء

وإن خير الرجل زوجته فاختارت زوجها أوردت الخيار ، أو الأمر لم يقع شيء ، نص عليه أحمد في رواية الجماعة . وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وزيد ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وعمر بن عبد العزيز . كما نقل عن الشافعي .

دليل الحنابلة

استدل الحنابلة بقول عائشة رضي الله عنها : خيرنا رسول الله ﷺ فكان طلاقا . وقالت لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتخيير أرواحه بدأ بي فقال : و إني لمخبرك خيرا . فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمرى أبوبك . ثم قال . إن الله تعالى قال : و يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتم تردن الحياة الدنيا وزينتها - حتى بلغ - إن الله أعد للمحسنات منكم أجرا عظيما (فقالت : في أى هذا استأمر أبوى ؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ، قالت : ثم فعل أزواج النبي ﷺ مثل ما فعلت ، متفق عليه .

وجه الاستدلال

الحديث أبان أن رد المرأة ما فوضه لها زوجها من فرقة يجعل الأدر كأنه لم يحدث تفويض . ومعنى هذا أن الرد لا يقع به طلاق ؛ لا رجعى ، ولا بائن . قال مسروق : ما أبالي : خيرت امرأتى واحدة ، أو مائة . أو ألفا ، بعد أن تختارنى .

المعقول

وقال الحنابلة : إن المرأة قد خيرت في الطلاق أو البقاء على النكاح فاختارت النكاح ، فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد .

الاختبار كناية يحتاج إلى النية

إذا قالت المرأة : اخترت نفسى ، فيفتقر إلى نيتها ؛ لأنه لفظ كناية منها فإن نوى أحدهما دون الآخر لم يقع ؛ لأن الزوج إذا لم ينو ، فما فوض إليها الطلاق فلا يصح أن توقعه . وإن نوى ، ولم تنو ، فقد فوض إليها الطلاق ، فما أوقعته ، فلم يقع شيء . كما لو وكل وكيفا في الطلاق فلم يطلق . وإن نوى جميعا وقع مانوياه من العدد . إن اتفقا فيه ، وإن نوى أحدهما

أقل من الآخر وقع الأقل ؛ لأن ما زاد انفرد به أحدهما فلم يقع (١).

التفويض المعلق

التفويض المعلق هو أن يتيب الرجل غيره في تطليق امرأته معلقا هذه الإجابة على شرط أو مضافا إلى زمن كقول الرجل لزوجته . أمرك بيدك شهرا . أو اختاري نفسك شهرا ، أو إذا قدم فلان فأمرك بيدك ، أو اختاري نفسك يوما . أو يقول ذلك لأجنبي . وتعلق الإجابة في الطلاق على شرط جائز . قال أحمد : وإذا كان سنة ، أو أجل مسمى ، فأمرك بيدك ، فإذا دخل ذلك فأمرنا بيدها . وليس لها قبل ذلك أمر . . وقال أيضا : وإذا تزوج امرأة وقال لأبيها إن شاءك خبري إلى ثلاث سنين وإلا فأمر ابنتك إليك ، فلما مضت السنون لم يأت خبره فطلقها الأب ، فإن كان الزوج لم يرجع فيما جعل إلى الأب فطلاقه جائز . ورجوعه أن يشهد أنه قد رجع فيما جعل إليه . .

تعلييل ما تقدم

قال الحنابلة : إن الرجل قد فوض الطلاق إلى من يملكه فصح تعليقه على شرط ، كالتوكيل الصريح ، فإذا صح هذا فإن الطلاق إلى من فوض إليه على حسب ما جعله إليه في الوقت الذي عينه له ، لا قبله ، ولا بعده .

حق الزوج في الرجوع عن التفويض المعلق

وللزوج الرجوع عن التفويض المعلق على شرط : لأنه عقد جائز . قال أحمد : ولا تقبل دعواه الرجوع إلا ببينة ؛ لأنه يمكن إقامة البينة عليه .

تطليق الوكيل والزوج غائب

فإن طلق الوكيل ، والزوج غائب ، كره للمرأة أن تزوج ؛ لأنه يحتمل

أن الزوج رجع في الوكالة . وقد نص أحمد على منعها من التزوج لهذه العلة .
وحمله القاضى على الاستحباب ، والاحتياط .

وطء الزوج والوكيل غائب

وإن غاب الوكيل كره للزوج الوطء مخافة أن يكون الوكيل طلق ،
ومنع منه أحمد أيضا لهذه العلة . وحمله القاضى . أيضا ، على الاستحباب ؛ لأن
الأصل بقاء انسكاح ، فحمل الأمر فيه على اليقين .

لا بد من بيعة على الرجوع

إذا ادعى الزوج أنه قد رجع عن تفويض للغير فلا . يقبل قوله إلا
بيئة ، فلو صدقته المرأة أنه قد رجع قبل قوله ، وإن لم تكن له بيعة^(١) .

المذهب الظاهرى

تفويض الطلاق للغير

لا طلاق بالتخيير

من خير أمر أنه فاختارت نفسها ، أو اختارت الطلاق ، أو اختارت
زوجها ، أو لم تختَر شيئا ، فكل ذلك لا شيء ، وكل ذلك سواء . ولا تطلق
بذلك ، ولا تحرم عليه ، ولا لشيء من ذلك حكم .

لو كرر التخيير

ولو كرر الزوج التخيير ، وكررت هي اختيار نفسها . أو اختيار الطلاق
ألف مرة فلا يقع طلاق بهذا كله .

جعل الزوج أمر زوجته يدها

ولا تملك المرأة تطليق نفسها بتمليك الزوج لها تطليق نفسها . وكذلك
لو قال لها : أمرك بيدك .

تمليك الغير أمر زوجته

وكذلك الحكم فيمن جعل أمر امرأته لأجنبي فلا يملك الغير بهذا التملك أن يطلق الزوجة التي جعل أمرها بيده .

دليل الظاهرية

قال ابن حزم : لأحجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم . وإذا لم يأت في القرآن ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قول الرجل لامرأته أمرك بيد ، أو قد ملكتك أمرك ، أو اختارى ، يوجب أن تكون طالقا ، أو أن لها أن تطلق نفسها ، أو أن تختار طلاقا ، فلا يجوز أن يحرم على الرجل فرج أباحه الله تعالى ورسوله ، صلى الله عليه وسلم بأقوال لم يوجبها الله تعالى ولا رسوله صلى الله عليه وسلم . وهذا في غاية البيان ، والحمد لله رب العالمين .

وقال أبو محمد : والذي نقول به : هو ما روينا من طريق أبي عبيد ، نا عبد الغفار بن داود عن زهير بن أبي حبيب ، أن رميسة القرابية كانت تحت محمد بن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ، فلما أمرها ففعلت : أنت طالق ، ثلاث مرات ، فقال عثمان بن عفان : أخطأت . لا طلاق لها . ألا إن المرأة لا تطلق . ومن طريق عبد الرزاق : نا ابن جريج ، أخبرني أبو الزبير أن مجاهدا أخبره : أن رجلا جاء إلى ابن عباس فقال : ملكت امرأتى ، فطلقني ثلاثا ، فقال ابن عباس خطأ الله نوهها عليك . إنما الطلاق لك عليها ، وليس لها عليك . وهذا في غاية الصحة عن ابن عباس . ومن طريق عبد الرزاق عن ابن جريج سألت عبد الله بن طاووس كيف كان أبوك يقول في رجل ، ملك امرأته أمرها... أملك أن تطلق نفسها أم لا ؟ قال : كان يقول : ليس لي النساء طلاق . فقلت له : فكيف كان أبوه يقول في رجل ملك رجلا أمر امرأته... أملك الرجل أن يطلقها ؟ قال : لا . وهو قول أبي سليمان وجميع أصحابنا^(١) .

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١١٦ ذل ص ١٢٤ مسأله رقم ١٩٣٧ .

وأما التخيير : فقد روى من طريق سفيان بن عينة ، عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس أنه سئل عن رجل جعل امرأته يدها فقالت : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، فقال ابن عباس خطأ الله نوءها ، لا أدرى ما الخيار . وهذا أصح ما روى في ذلك عن ابن عباس . وأما الزيادة التي رواها قوم في هذا الخبر من أن ابن عباس قال : لو قالت : أنا طالق ثلاثا لكان كما قالت ، أو : ألا طلقت نفسها ثلاثا . فلا تصح ؛ لأنه إنما رواها الحكم بن عتبة ، وحبيب بن أبي ثابت ، ومنصور . وكلهم لم يلق ابن عباس^(١).

مناقشة ابن حزم أقوال مخالفيه

مناقشته رأى أبي حنيفة ومالك

قال ابن حزم : وأما أبو حنيفة فقال : إن قال لها : اختارى ، فغيرها ، ثم قال لم أرد طلاقا . فإن كان ذلك في رضا لم يجر فيه ذكر طلاق ، كان القول قوله مع يمينه ، ولا خيار لها ، فإن كان في غضب فيه ذكر طلاق ، أو ليس فيه ذكر طلاق ، أو كان في رضا ذكر فيه طلاق ، لم يلتفت إلى دعوى الزوج وكان لها الخيار . فإن اختارت زوجها ، فهي امرأته ، وبطل خيارها ، وإن اختارت نفسها ، فهي طالق واحدة بائنة ، لا تكون رجعية أصلا . ولا أكثر من واحدة سواء نوى هو أكثر من واحدة ، أو لم ينو ، اختارت هي أكثر من واحدة ، أو اختارت واحدة رجعية . ثم لهم من التخالط في حركانها وأعمالها أشياء بطول ذكرها ، إلا إنها من من محجائب الدنيا قد ذكرناها في كتاب الإيصال^(٢).

وقال مالك : إن خيرها فاختارته ، فهي امرأته ، وقد بطل خيارها . فإن اختارت نفسها فهي طالق ثلاثا ولا بد سواء قالت : أردت الطلاق ، أو قالت : لم أرد الطلاق ، وليس له أن يناكرها . ولا يلتفت إلى نية أصلا . فلو طلقت نفسها واحدة ، أو اثنتين ، فليس بشيء ، ولا يلزمه ذلك ، وليس لها إلا اختيار زوجها ، أو أن تطلق نفسها ثلاثا ولا بد ، إلا أن يخيرها

وقد عزم على طلاقها أو مخالعتها ، فهبنا إن اختارت نفسها فهي طلقة واحدة بائمة . وكذلك لو قال لها اختارى طلقه فليس لها إلا طلقة واحدة رجعية . هذا كله في المدخول بها . فإن خيرها قبل أن يدخل بها ، فإن اختارت نفسها ، طلقة واحدة فقط . فلو قالت التي لم يدخل بها : قد اخترت بثلاث تطليقات . فقال هو : لم أرد الا واحدة فقط فهي واحدة . وقال : فلو قالت المدخول بها : قد قبلت امرى ، لم يكن طلاقها ، إلا أن تقول هي : أردت الطلاق ، فيكون ثلاثا ولا بد . لا أقل من ذلك . فلو قالت له : قد خليت سبيلك فهي ثلاث ولا بد ؛ واختلف قول مالك في المخيرة ، تقوم من مجلس التخيير قبل أن تختار . فمرة قال : يبطل خيارها بخلاف التملك ، ثم رجع فقال : بل لها الخيار حتى توقف فتختار أو تترك ، فلو وطئها مكرها لم يبطل خيارها ، ولو وطئها طامعة يبطل خيارها .

قال ابن حزم بعد أن ذكر أقوال الاحناف والمالكية : إن ذكرنا لهذه الأقوال ينشئ عن تكلف الرد عليها ؛ لشدة اختلاطها . وبالجلة فلم يقل أحد قبله (يقصد مالكا) بهذه التفسيرات وإنما تعلق بقول من أحد أقوال ثلاثة روي عن زيد في ان اختارت نفسها فهي ثلاث فقط . وخالفه في هذا القول نفسه في الفرق بين المدخول بها ، وخير المدخول بها ، وفي تسوية زيد بين التخيير والتملك فبطل تعلقه بزيد . وقد خالف هذا القول قول آخر لزيد ، وقول لعمر ، وقول لعلى . وكل هذه الأقوال لا حجة في تصحيحها من قرآن أو سنة ، ولا معقول ولا قول متقدم لم يخالفه فيه من هو مثله ، ولا رأى له وجه يعقل . واحتج من قال بأن التخيير له تأخير في الطلاق بأن رسول الله (ﷺ) خير نساءه ؛ وذكر ابن حزم قول الشافعية (١) ، ثم قال : وكل هذه الأقاويل آراء لا دليل على صحة شيء منها . وقد تفحصنا من روى عنهم من الصحابة أنهم قالوا بوقوع الطلاق في هذه الحالات ، فلم يكونوا بين من صح عنه . ومن لم يصح عنه إلا سبعة . وقد اختلفوا . وليس قول بعضهم أولى من قول بعض . ولا أثر

في شيء ، فيها إلا أثرا رويناه من طريق أحد بن شعيب بطريق انتهى إلى حماد بن زيد ، قال : قلت لأبيوب السخيتاني ، هل علمت أحدا قال في أمرك يدك : أنها ثلاث غير الحسن ؟ قال : لا ، اللهم غفرا إلا ما حدثني قتادة عن كثير بن سمره ، فسألته فلم يعرفه ، فرجعت إلى قتادة فأخبرته ، فقال : نسي . وكثير مولى ابن سمره مجهول . ولو كان مشهورا بالنفة والحفظ لما خالفنا هذا الخبر . وقال ابن حزم : إن المالكية يقولون إن التخيير لا يكون إلا في البقاء مع زوجها أو في الطلاق الثلاث . وهم مع ذلك يقولون : إن الطلاق الثلاث بدعة ومعصية ، فكيف يجوز عندهم أن يخير الرسول ، صلى الله عليه وسلم ، في إنفاذ معصية ؟ حاشا لله من هذا .

آية التخيير لادلالة فيها للمخالفين :

على أن الآية التي يحتاج بها لأن فيها أمرا من الله لرسوله بتخيير نسائه ، موقوف هذا الأمر على رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو من خصوصياته . وقال البعض : إن التخيير الذي حدث من الرسول إنما هو تخيير بين الدنيا ، والآخرة ولهذا بطل تعلقكم في أن للتخيير تأثيرا في الطلاق ؛ لأن ما حدث من الرسول ليس تخييرا بين البقاء معه ، أو الطلاق . والآية تؤكد ذلك في نصها (وإن كنتم تردن الحياة الدنيا ، وزينتها ، فتعالين أمتعن ، وأمر حكن سراها جميلا) فإما نص الله تعالى : على أنه ، عليه الصلاة والسلام ، إن أردت زوجاته الدنيا ولم تردن الآخرة طلقهن ، حيثئذ من قبل نفسه مختار الطلاق ، لأنهن طوالق بنفس اختيارهن الدنيا . ومن ادعى غير ذلك فقد حرف كلام الله عز وجل ، وأقحم في حكم الآية كذبا محضاً ليس فيها منه نص ، ولا دليل ^(١) .

الأخبار موصوعة :

أما الأخبار التي ذكرها بعض أصحاب هذه الآراء ، يمهون بها ، فهي

(١) المحلل لابن حزم ج ١٠ ص ١٢٣ .

أخبار موضوعه ؛ منها : ما روى من أن واحدة من نساء النبي (ﷺ) ، اختارت نفسها فكانت البتة ، ومنها من طريق ابن وهب عن عبد الجبار بن عمر عن الزهري أن النبي (ﷺ) ، إذ خير نساءه ، تخيرت امرأة منهن نفسها ، فذهبت . وذكر بعضهم أن الزوجة التي اختارت نفسها هي بنت الضحاك العامري . مع أن الرسول (ﷺ) لم يتزوج ، قط ، بنت الضحاك العامري ويوضح كذب هذه الفضايح الخبر الثابت ، الذي روى من عدة طرق ، منها طريق مسلم - أن عائشة قالت : فذكرت نزول آية التخيير ؛ أن رسول الله (ﷺ) تلاها عليها ، فقالت : إني أريد الله ورسوله ، والدار الآخرة ، قالت : ثم فعل أزواج النبي (ﷺ) مثل ما فعلت . وفي رواية عن الشعبي عن مسروق عن عائشة أم المؤمنين قالت : خيرنا رسول الله (ﷺ) فاخترناه ، فلم يعده طلاقاً (١) .

لا إجماع من الصحابة :

ثم قال ابن حزم وقد تفحصنا الآثار الواردة جميعها ورأينا الاختلاف فيها عن الصحابة عما يدل على عدم وجود إجماع في شيء من ذلك ، ووقفنا على أنه ليس في التخيير شيء إلا عن عمر ، وعلي ، وزيد . أقوال خالف فيها كل واحد منهم صاحبه ، وأثر لا يصح عن ابن مسعود ، وآثار ساقطة عن ابن عباس ، والثابت عنه كقولنا : أنه لا معنى للتخيير أصلاً ، وأنه ليس في التملك إلا أقوال مختلفة عن زيد ، وابن عمر ، فقط ، لا ثالث لهما من الصحابة ، رضى الله عنهم ، إلا قولاً ذكر عن فضالة بن عبيد : أن القضاء ما قضت ، وأثران من طريق عثمان ، وابن عباس موافقان لقولنا ، وأنه ليس في دأمرك بيدك ، إلا أقوال مختلفة عن عمر ، وعلي ، وزيد ، وعثمان ، وابن عمر ، وابن عمرو ، وأبي هريرة ، وابن مسعود ، وابن الزبير ، ورجال لم يسمعوا من الصحابة رضى الله عنهم ، وفي بعض هذه قول عن جابر بن عبد الله لم يوافق مالكاً أحداً منهم إلا رواية عن ابن عمر صححت عنه في المتأخرة فقط . ومثلها

عن عمر لم تصح عنه . ولم يوافق أبو حنيفة منهم أحدا ووافقنا نحن قولا زوى عن ابن مسعود ، وعمر ^(١) .

الوكالة في الطلاق

قلنا إن الظاهرية لا يجوزون الإنابة في الطلاق ، لا بتوكيل ، ولا بتفويض ، فهم يرون أن من جعل إلى امرأته أن تطلق نفسها لم يلزمه ذلك . ولا تكون طالقا سواء طلقت نفسها أو لم تطلق ؛ لأن الله تعالى جعل الطلاق للرجال لا للنساء . (٢) .

ولذا قالوا : إن الوكالة في الطلاق لا تجوز ؛ لأن الله عز وجل يقول : (ولا تكسب كل نفس إلا عليها) ، فلا يجوز عمل أحد عن أحد إلا حيث أجازته القرآن ، أو السنة الثابتة عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم . ولا يجوز كلام أحد إلا حيث أجازته القرآن ، أو سنة رسول الله ، صلى الله عليه وسلم . ومالم يأت في طلاق أحد عن أحد بتوكيله إياه قرآن ، ولا سنة عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، فهو باطل .

مناقشة ابن حزم أقوال من أجازوا الوكالة

قال ابن حزم : إن المخالفين لنا أصحاب قياس بزعمهم ، وبالضرورة يدري كل أحد أن الطلاق كلام ، والظاهر كلام ، واللعان كلام ، والإبلاء كلام . ولا يختلفون في أنه لا يجوز أن يظاهر أحد عن أحد ، ولا أن يلاع أحد عن أحد ، ولا أن يولي أحد عن أحد ، لا بوكالة ، ولا بغيرها ، فهلا قاسوا الطلاق على ذلك ؟ ولكن لا النصوص يتبعون ، ولا القياس يحسنون . وكل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق فإنه خاطب به الأزواج لا غيرهم . فلا يجوز أن ينوب غيرهم عنهم ، لا بوكالة ، ولا بغيرها ، لأنه إن كان ، يكون

(١) المصدر السابق .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١ ص ٢١٦ - ٢١٧ رقم ١٩٧١ .

تعديا لحدود الله عز وجل . وقد قال تعالى : (ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) وقال تعالى : (وما كان لمؤمن ، ولا مؤمنة ، إذا قضى الله ورسوله أمرا ، أن يكون لهم الخيرة من أمرهم) فلا خيار لأحد في خلاف ما جاء به النص . وما نعلم إجازة التوكيل في الطلاق عن أحد من المتقدمين إلا عن إبراهيم والحسن (١) .

طلاق الغائب

الطلاق لا يقع إلا إذا علمت به الزوجة

قال الظاهرية بعدم لزوم طلاق الزوج الغائب عن زوجته إلا إذا بلغها الطلاق بمن تصدقه ، أو بشهادة تقبل في الحكم ، فحينئذ يلزمها الطلاق إن كانت حاملا ، أو طاهرا في طهر لم يمسه فيها — وقبل ذلك — حتى يبلغها الطلاق — هي أمراته ، كما كانت ، يتوارثان إن مات أحدهما ، وجميع حقوق الزوجية بينهما ، سواء كانت الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول ، ثلاثا ، أو أقل .

دليل الظاهرية

الكتاب :

قال ابن حزم : وبرهان ما تقدم قول الله عز وجل : (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم ، لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة . وتلك حدود الله ، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه) فهذه صفة طلاق المدخول بها وقال تعالى : (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن ، أو تفرضوا عليهن فمضة ، ومتعهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره) وقال تعالى :

(يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات، ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فالحكم عليهن من عدة تعتدونها فتموهن وسرحوهن سراحا جميلا) وقال تعالى : (ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن) فهذه صفة طلاق غير المدخول بها ، ويدخل فيه طلاق الثلاث المجموعة وآخر الثلاث . وبالضرورة يوقن كل ذي حس سليم أن من طلقها فلم يبلغها الطلاق فقد ضارها ، ومضارها حرام ففعله مردود باطل ، والمعصية لا تنوب عن الطاعة ، وبالضرورة يوقن كل أحد أن من فعل ذلك لم يسرحها سراحا جميلا . ومن لم يطلق للعدة ، ولم يخص العدة ، فلم يطلق كما أمر الله تعالى ، ومن لم يطلق كما أمر الله تعالى فلم يطلق أصلا .

اعتراض ورد ابن حزم عليه

قال ابن حزم : ولا يحتج علينا بحديث فاطمة بنت قيس حيث طلقها زوجها وهو غائب عنها ، فقد روى عنها أنها قالت : أرسل إلى زوجي بطلاق فشددت على ثيابي ، ثم أتيت النبي ، صلى الله عليه وسلم ، فقال : كم طلقك ، قلت ثلاثا وذكر الحديث — فإننا نقول بلزوم طلاق الغائب ووقوعه عند بلوغه للزوجة بطريق من تصدقه ، أو بشهادة ، ولم نقل ، قط ، إنه لا يلزمها الطلاق إذا بلغها . وقد روى عن بعض السلف أنهم قالوا : إن من طلقها زوجها ، وهو غائب ، فإنها لا تلزمها العدة إلا من حين يبلغها الخبر . وهذا يدل على أنها لم يلزمها الطلاق إلا من حين لزمتها العدة لا قبل ذلك ؛ إذ لا يجوز في دين الإسلام أنه يحال بزمن بين الطلاق ، وبين أول عدتها ، ولا يجوز أن تكون امرأة ذات زوج موطوءة منه ، خارجة عن الزوجية بطلاقه وفي غير عدة . هذا خلاف القرآن والسنة .

رواية أبي جهم قد عارضتها روايات أخرى :

على أن خبر فاطمة بنت قيس روى من طريق آخر برواية تفيد أن زوجها طلقها وهو حاضر ، لا غائب ، فقد روى من طريق مسلم : حدثني محمد بن

واضع ، نا، حسن بن محمد ، نا، شيان هو ابن فروج ، عن يحيى - هو ابن أبي
كثير - أخبرني أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عون أن فاطمة بنت قيس
أخبرته أن أبا حفص بن المغيرة طلقها ثلاثاً، ثم انطلق إلى اليمن، وذكرت الخبر.

اعتراض آخر ورد عليه :

وقال ابن حزم ولا يعترض علينا، أيضاً، بأننا كيف أجزنا طلاق الغائب
وأوقعناه، حين بلوغه للمطلقة، مع أن القاعدة عندنا أن الطلاق إلى أجل باطل
ولا يقع الطلاق بصفة ؛ لأن كل طلاق لا يقع حين يقع فمن المحال أن يقع
حين لم يقع ؛ لأننا نجيب على هذا الاعتراض بأن الله عز وجل علمنا الطلاق
في كل صنف من المطلقات ، وفي المطلقة الصغيرة التي لم تخاطب ، والمجنونة،
وهما لا يلزم خطاهما بالطلاق . وقد يطلق المطلق عند باب الدار، ويبعث
إليها بالخبر ، وعلى أذرع منها . وإذا جاز ذلك فلا فرق بين الطلاق في
البعد ، ولو أقصى المعمور ، وبين الطلاق خلف حائط ، وليس ذلك طلاقاً
إلى أجل . إنما هو كله طلاق لازم إذا بلغها ، أو بلغ أهلها ، إن كانت عن
لا تخاطب ، فيقع بذلك حل النكاح كما يقع بالفسخ ، ولا فرق . وبالله تعالى
التوفيق (١) .

الشريعة الإمامية

تفويض الطلاق

الراجح أن الطلاق لا يقع بالتخير

لو خير الزوج زوجته بين الطلاق أو البقاء معه بلفظ : اختارى نفسك،
فقال الزوجة على الفور : « اخترت نفسي » لا يقع الطلاق . وهذا هو
أصح القولين .

دليل هذا الرأي

استدل هذا الرأي بقول الصادق (ع) ، « ما للناس والخيار » إنما هذا شيء يخص الله به رسوله صلى الله عليه وسلم » .

الرأي الآخر

وذهب ابن الجنيدي إلى وقوع الطلاق لصحبة حران عن الباقر (ع) ، والخيرة تبين من غير طلاق (١) .

التوفيق بين الرأيين

حمل أصحاب الرأي الأول حديث « الخيرة تبين من غير طلاق » على أن التخيير المراد في الحديث ما كان بسبب غير التعالي في كدليله ، عيب .

توكيل الزوجة في تطليق نفسها

وأجاز الشيعة توكيل الزوج زوجته في طلاق نفسها وغيرها كما يجوز توليها غير عقد الطلاق من المفقود ؛ لأنها كاملة الأهلية ، فلا وجه لسلب عبارتها فيه ، ولا بقدر كونها بمنزلة زوجة وقابلة في حالة توكيلها بتطليق نفسها ؛ لأن المفارقة الاعتبارية كافية والطلاق ما يقبل النيابة ، فلا خصوصية للزائم ، أما قوله صلى الله عليه وسلم : « الطلاق بيد من أخذ بالساق » فلا ينافي جواز توكيلها في تطليق نفسها ؛ لأن بدوها استفادة من يد الزوج فضلا عن أن دلالة الحديث على الحصر ضعيفة (٢) .

الاستثناء في الطلاق

المذهب الحنفي

الاستثناء في الأصل نوعان : وضعي ، وعرفي .
الاستثناء الوضعي : الاستثناء الوضعي هو أن يكون بلفظ موضوع 'الاستثناء' وهو كلمة : إلا ، وما يجري مجراها ، نحو : سوى ، وغير ، وأشباه ذلك

(١) الروضة البهية شرح الفقه المدعية ج ٢ ص ٤٨

(٢) المصدر السابق ص ١٤٩

الاستثناء العرفي

وأما الاستثناء العرفي؛ فهو تعليق بمشقة الله تعالى؛ وأنه ليس باستثناء في الوضع؛ لانعدام كلمة الاستثناء، بل الموجود كلمة الشرط. إلا أنهم تعارفوا إطلاق اسم الاستثناء على هذا النوع، قال الله تعالى: «إذ أقسموا ليصرمها مصبحين ولا يستثنون»، أي: ولا يقولون: إن شاء الله تعالى، ولأن بين الاستثناء العرفي والوضعي مناسبة في معنى ظاهر لفظ الاستثناء، وهو: المنع والصرف، دون الحقيقة، فأطلق اسم الاستثناء عليه.

وبعض فقهاء الأحناف قالوا: الاستثناء نوعان: استثناء تحصيل، واستثناء تعطيل، فسمى الاستثناء الوضعي استثناء تحصيل؛ لأنه تكلم بالحاصل بعد الثبوت. وأطلق على الاستثناء العرفي تعطيل؛ لأن به يتمطل الكلام.

تعريف الاستثناء الوضعي

الاستثناء الوضعي: هو تكلم بالباقي بعد الثبوت. ولهذا فهم من قوله تعالى: «فلتب فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً» أنه لبث تسعمائة وخمسين عاماً.

الاستثناء العرفي

ويندرج تحته التعليق بالشروط سواء أكان تعليقاً على شرط يمكن الوقوف عليه، ويعلم وجوده، أو كان بما لا يعلم.

شروط صحة الاستثناء

لصحة الاستثناء شرائط بعضها يعم النوعين، وبعضها يخص أحدهما أما الذي يعمهما جميعاً فهو:

١ - أن يكون الاستثناء موصولاً بما قبله من الكلام عند عدم الضرورة، فلو حصل الفصل بينهما بسكوت أو غير ذلك من غير ضرورة لا يصح؛ لأن الأصل أن كل كلام تام بنفسه؛ فإن كان مبتدأ وخبراً، فالأصل ألا يقف حكمه على غيره. والوقف عن الوصل لضرورة، وهي ضرورة استدراك

الغلط . والضرورة تدفع بالموصول . فلا ينفذ عند عدم إيراد شرطه .
على الشرط المنقطع ، فكذا على الاستثناء المنقطع ، ولأنه إذا لم يكن الكلام
موصولاً لا يعتبر الأخير استثناء من المتقدم لغة ؛ لأن العرب لم تتكلم به .
ومن تكلم به لا يعدونه استثناء بل يسخرون منه . أما ما روى منسوباً
لعبد الله بن عباس من قوله : إن وصل الاستثناء بما قبله من الكلام ليس
بشرط ، فإنه يصح متصلاً ومنفصلاً ، فهذه الرواية غير صحيحة ؛ لأنه كان إماماً
في اللغة كما كان إماماً في الشريعة .

وأما القول بأن الاستثناء في معنى التخصيص ؛ لأن كل واحد منهما بيان
والتخصيص يصح مقارناً ، ومتراكباً ، فكذا الاستثناء يجب أن يكون
متصلاً ، ومنفصلاً ، فهذا القول لا تسلم به على الإطلاق ؛ لأن التخصيص
المتراكب عند بعض فقهاء الأحناف ليس ببيان ، بل هو فسح ، فلا يلزم .
وعند بعض آخر منهم هو بيان ، لكن إلحاق البيان بالمجمل العام ، الذي يمكن
العمل بظاهره متراكباً مشهور عندهم ، وأنه كثير الظهور في كتاب الله عز وجل .
وأما الاحتجاج بما روى من أن الرسول ، صلى الله عليه وسلم ، استثنى بعد فاصل
بين كلامه الأول والأخير ، وذلك في قوله صلى الله عليه وسلم : والله لا أغزون
قريشاً ، ثم قال بعد سنة : إن شاء الله تعالى ، فلاحجة فيه ؛ لأن الرسول أراد
بهذا القول استدراك الاستثناء المأمور به في كتاب الله العزيز ؛ إذ قال عز وجل :
« ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله » ، أي إلا أن تقول
إن شاء الله ، فتنبئ بذلك ، فتذكره بعد سنة ، فأمر باستدراكه بقوله سبحانه
وتعالى : « واذكر ربك إذا نسيت » ، ويحتمل أنه (ص) أضمر في نفسه أمراً
وأراد به في قلبه وعزم عليه فأظهر الاستثناء بلسانه ، فقال : إن شاء الله ومثل
هذا معتاد فيما بين الناس ، فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال . أما الفصل إذا
كان لضرورة فلا يعتبر فاصلاً يمنع صحة الاستثناء كالفصل لضرورة النفس .

٢ - أن يكون الاستثناء مسموعاً . وقد ذكر الكرخي أن ذلك ليس

يشترط حتى لو حرك لسانه وأتى بحروف الاستثناء يصح وإن لم يكن مسموعاً.

وقال الكرخي : إن الكلام هو الحروف المنظومة ، وقد وجدت ، فأما السماع فليس بشرط لكونه كلاماً ، فإن الأصم يصح استنائه وإن كان لا يسمع . لكن الصحيح أن الاستثناء لا بد لصحته أن يكون مسموعاً ؛ لأن الحروف المنظومة وإن كانت كلاماً عند الكرخي لكنها في الواقع هي دلالة على الكلام وعبرة عنه لافس الكلام في الغالب والشاهد جميعاً فلم توجد الحروف المنظومة ههنا ، لأن الحروف لا تتحقق بدون الأصوات المتقطعة بتطبيع خاص . فإذا لم يوجد الصوت لم توجد الحروف ، فلم يوجد الكلام عند باقي فقهاء الأحناف ، فلم يكن استثناء .

الشروط التي تخص الاستثناء الوضعي :

١ - أن يكون المستثنى بعض المستثنى منه ، لا كله ؛ لأن الاستثناء تكام بالباقي بعد الثبوت ، ولا يكون تكاماً بالباقي إلا أن يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله ، ولأن الاستثناء يجري مجرى التخصيص ، والتخصيص يرد على أفراد العموم لا على الكل ؛ لأن ذلك يكون نسخاً لا تخصيصاً ، وكذا الاستثناء نسخ الحكم ، ونسخ الحكم يكون بعد ثبوته ، والطلاق بعد وقوعه لا يحتمل النسخ ، فيبطل الاستثناء .

استثناء البعض من الكل :

يصح استثناء البعض من الكل ، سواء كان المستثنى أقل من المستثنى منه ، أو أكثر عند عامة العلماء ، وعامة أهل اللغة ، وروى عن أبي يوسف : أنه لا يصح استثناء الأكثر من الأقل وهو قول الفقهاء . ووجه قولهما : أن الاستثناء من باب اللغة ، وأهل اللغة لم يتكلموا باستثناء من الأقل ، ولأن الاستثناء وضع في الأصل لاستدراك الغلط ، والغلط يجري في الأقل لا في الأكثر

رد هذا القول :

وقد ناقش أصحاب الرأي القائل بصحة استثناء البعض من الكل ، سواء كان المستثنى أقل من المستثنى منه أو أكثر ، رأى أبي يوسف والفراء : فقالوا : إن أهل اللغة قالوا الاستثناء تسكّم بالباقي بعد النفي ، من غير فصل بين الأقل والأكثر ، إلا أنه قل استعمالهم الاستثناء في مثله : لقلة حاجتهم : لقلة وقوع الغلط فيه . وهذا لا يكون منهم إخراجا للفظ من أن يكون استثناء حقيقة ، كمن أكل لحم الخنزير . . . لا يمتنع أحد من أهل اللسان من إطلاق القول بأنه أكل لحم الخنزير ، وإن كان يقل استعمال هذه اللفظة ، لكن قلة استعمالها لقلة وجود الأكل ، لا لانعدام معنى اللفظ حقيقة ، كذا هذا .

تفريعات :

وعلى الرأي الراجح تقع طائفة بقول الزوج لامرأته : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين وتقع ثنتان لو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة ، وتقع ثلاثا لو قال : إلا ثلاثا ؛ لأن الاستثناء لم يصح في الحالة الأخيرة ؛ لأنه استثناء الكل من الكل . ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة وواحدة ، وقع الثلاث وبطل الاستثناء في قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : جاز استثناء الأولى والثانية ، وبطل استثناء الثالثة ، وتلزمه واحدة . وعلل رأيه هذا بأن استثناء الأولى والثانية استثناء البعض من الكل فصح ، إلا أنه لو سكت عليه لجاز ، فأما استثناء الثالثة فاستثناء الكل من الكل ، فلم يصح ، قاله الحق بالعدم ، فيقع واحدة .

وجهة نظر أبي حنيفة ومحمد :

قال أبو حنيفة ومحمد : إن أول الكلام في الاستثناء يقف على آخره فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح ؛ كما لو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ، ولأنه لما قال : واحدة وواحدة وواحدة فقد جمع بين الكل

أنت طالق واحدة واحدة وإلا ثلاثاً :

ولو قال لها : أنت طالق واحدة واحدة وإلا ثلاثاً ، فإنه يقع ثلاث بالاتفاق ويبطل الاستثناء ؛ لأن الاستثناء ، إذا كان موصولاً ، يقف أول الكلام على آخره ، فكان الاستثناء راجعاً إلى السكك فبطل ؛ ولأنه ذكر جملتين ، وجمع بين كل جملة بحرف الجمع ، فكان استثناء الجملة من الجملة ، فلا يصح .

إذا كان لفظ الاستثناء خلاف جنس المستثنى منه :

إذا كان لفظ الاستثناء خلاف جنس المستثنى يصح الاستثناء ، ولا تنطق ، وإن أتى على جميع المسمى نحو أن يقول : نسائي طوالت إلا هؤلاء . وليس له نساء غيرهن ، فإنه يصح الاستثناء ، ولا تنطق واحدة منهن ؛ لأن الاستثناء يعتبر فيه اللفظ ، والإشارة مع التسمية مختلفان لفظاً ، فصح الاستثناء ، (بخلاف قوله : نسائي طوالت إلا نسائي) ، ولأن عند اختلاف اللفظين يكون معناه نسائي طوالت . وهذا معناه إضافة الطلاق إلى غير هؤلاء .

رأى آخر :

إنه لو كان عدد نساؤه أربعاً وقال : نسائي طوالت إلا هؤلاء . فإنه لا يصح الاستثناء ، ويبطلن كلهن ؛ لأنه لا يتصور استثناء غيرهن . فصار كما لو قال : نسائي طوالت ، ولا نساء له . وهناك لا يصح الاستثناء ويبطلن كلهن ؛ فبصير التقدير كأنه قال : نسائي إلا نسائي طوالت ، ولو قال ذلك طلقن ، كذا هذا .

الاستثناء يرجع إلى جملة الكلام لا إلى القدر الذي يصح وقوعه :

لو قال رجل لزوجته : أنت طالق عشرة إلا تسماً ، يقع واحدة ؛ إذا الأصل أنه إذا تكلم بالطلاق بأكثر من الثلاث ، ثم استثنى منه ، فالاستثناء

يرجع إلى جملة الكلام لا إلى القدر الذي يصح وقوعه، وهو الثلاث خاصة، فيتبع اللفظ لا الحكم، فلا يثبت الحكم في القدر المستثنى ويثبت فيما بقي قدر ما يصح ثبوته؛ لأنه تكلم بالباقي بعد التثنية.

أنت طالق عشرة إلا سبعا، أو إلا خمسا :

ولو قال أنت طالق عشرة إلا سبعا، أو إلا خمسا، أو أربعاً، أو ثلاثاً، أو اثنين. أو واحدة، يقع ثلاث؛ لأن الثلاث هي التي يصح وقوعها مما بقي إذ لا يزيد الطلاق على الثلاث.

الاستثناء من الاستثناء :

الأصل في مسائل الاستثناء من الاستثناء أن تخرجها طريقين هما :
الأول : أنه ينظر إلى الاستثناء الأخير فيجعل استثناء مما يليه، ثم ينظر إلى ما بقي منه فيجعل ذلك استثناء مما يليه، وهكذا إلى الاستثناء الأول ثم ينظر إلى الباقي من الاستثناء الأول فيستثنى ذلك القدر من الجملة المفعولة فابقي منها فهو الواقع. فإذا قال رجل لزوجته أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة تستثنى الواحدة من الثلاثة يبقى اثنان يستثنى من الثلاثة فتبقى واحدة. كأنه قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنين، وهكذا^(١).

الثاني : أن يرجع إلى عقد اليد، وهو أن تعقد العدد الأول بيمينك، والثاني بيسارك، والثالث تضعه إلى ما في يمينك، والرابع بيسارك تضعه إلى ما بيسارك، ثم تطرح ما اجتمع في يسارك من جملة ما اجتمع في يمينك، فما بقي في يمينك فهو الواقع^(٢).

(١) بدائع الصنائع للكاتبي ج ٣ ص ١٥٦، ١٥٧.

(٢) المصدر السابق.

المذهب المالكي

الاستثناء في الطلاق

الاستثناء الوضعي

قال المالكية بصحة الاستثناء في الطلاق يالا وأخوانها، وهي: سوى ،
وخلأ ، وعدا ، وحاشا ، بشروط هي :

شروط صحة الاستثناء

يشترط المالكية لصحة الاستثناء يالا وأخوانها ما يأتي :

١ - الاتصال ، بمعنى أنه يتصل المستثنى بالمستثنى منه، وهو المحلوف به،
فلو فصل بينهما بالمحلف عليه ضرر ، كما لو قال : أنت طالق ثلاثا إن دخلت
الدار إلا اثنتين . وقال بعض المالكية : المراد بالاتصال هو أن يتصل
بالمحلف به ، أو المحلوف عليه نحو : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إن دخلت
الدار ، أو أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار إلا اثنتين ، وهما قولان
في المذهب (١).

ولا يضر الاتصال الاضطراري كالفصل بسمال وللتنفس وما مثله
لأن هذا في حكم المنصل .

٢ - ألا يستغرق المستثنى المستثنى منه فإن استغرقه نحو أنت طالق
ثلاثا إلا ثلاثا بطل الاستثناء، ولزم المستثنى منه كله ولا فرق بين المستغرق
بالذات ، أو التكيل كطالق ثلاثا إلا اثنتين وربعا .

٣ - أن يقصد الاستثناء والإخراج ، فإن جرى الاستثناء على لسانه
من غير قصد بطل الاستثناء ولزم المستثنى منه كله .

٤ - أن يتلفظ بالاستثناء وينطق به ، ولو سرا ، إلا إذا كان الحلف

(١) السوق على الفرح الكبير ج ٢ ص ٣٨٨ .

متوثقاً به في حق من الحقوق فلا ينفع الاستثناء إذا كان سرّاً؛ لأن
اليمين على نية المحلف .

فروع :

وفرع المالكية على ما تقدم من الشروط فقالوا : ففي ثلاث إلا ثلاثاً
إلا واحدة تقع اثنتان : لأن استثناء الثلاث من نفسها لغو فصار كأنه قال :
أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة . ولو قال رجل لزوجته : أنت طالق البتة
إلا اثنتين إلا واحدة لزمه اثنتان ، لأن البتة ثلاث والاستثناء من النفي
إثبات له وعكسه فقوله بنة إثبات ثلاث طلاقات وقوله . إلا اثنتين ، نفي
اخراج منه بقى واحدة ثم أثبت من الاثنتين واحدة فنضم الأولى فاللازم
اثنتان .

أنت طالق واحدة واثنتين إلا اثنتين :

وقال المالكية بوقوع طلقة واحدة في قول الرجل لامرأته : أنت طالق
واحدة ، واثنتين إلا اثنتين؛ إن كان الاستثناء من الجميع (المعطوف
والمعطوف عليه) ؛ لأنه أخرج اثنتين من ثلاث فالباقي واحدة وإذا اعتبرنا
الإخراج ليس من الجميع (المعطوف والمعطوف عليه) بل من الأول ، أو
من الثاني ، أو لانية له ، فالواقع ثلاث في الصور الثلاث على الراجح في الصورة
الثالثة ؛ لبطلان الاستثناء في الأوليين : لاستغراقه ، واحتياطاً للفروج في
الصورة الثالثة - وقيل يلزمه طلقة واحدة في الصورة الثالثة (١) .

ما زاد على الثلاث لا يعتبر :

ولو كان المستثنى منه أزيد من عدد الثلاث الطلقات، فهل يعتبر في الاستثناء
أو يلغى ويعتبر الاستثناء من ثلاث فقط ؟ رأيان لسحنون ... الأول :

(١) المدسوق على المرح الكبير ج ٢ ص ٣٨٩ .

إلغاء ما زاد على الثلاث ، فلا يستثنى منه ؛ لأنه معدوم شرعاً ، فهو كالمعدوم حساً . والرأى الثانى هو اعتبار الزائد عن الثلاث ، فيستثنى منه ؛ نظراً لوجوده لفظاً ؛ فإذا قال رجل لزوجته : أنت طالق حساً إلا اثنتين فعلى الأول يلزمه واحدة ، وعلى الثانى يلزمه ثلاث . والرأى الثانى هو الأرجح . وقد رجع إليه محققون ، واستظهره ابن رشد ، قال فى التوضيح . وهو الأقرب ، وقال ابن عبد السلام : أنه هو الأقرب فى النظر (١) .

المذهب الشافعى

الاستثناء فى الطلاق

حكمه

جوز الشافعية الاستثناء فى الطلاق ؛ لوروده فى القرآن والسنة وكلام العرب . وهو الإخراج يالاً أو إحدى أخواتها ، ثم قسموه إلى ضربين : ضرب يرفع العدد لا أصل الطلاق كالاستثناء يالاً أو إحدى أخواتها ، وضرب يرفع أصل الطلاق كالتمليق بالمشيئة . وهذا يسمى استثناء شرعياً لا شتاره فى عرف الشرع . ومميت كلمة المشيئة استثناء لصرها الكلام عن الجواز والثبت حالاً من حيث التعليق بما لا يعلمه إلا الله .

شروط صحة النوع الأول :

والاستثناء الذى يرفع العدد لا أصل الطلاق له شروط هى :

١ - اتصال لفظ المستثنى بالمستثنى منه عرفاً بحيث يعد كلاماً واحداً ، ولا يضر فى الاتصال سكتة تنفس ، وعى ، أو تذكر ، أو انقطاع صوت ؛ لأن ذلك لا يعد فاصلاً بخلاف الكلام الأجنبى ولو يسيراً

٢ - نية الاستثناء . فلا يكفى التلفظ به من غير نية ، بل لا بد من أن ينوى قبل فراغ البين فى الأصح .

٣ - التلطف بالاستثناء بحيث يسمع نفسه عند اعتدال سمعه . فلا يكنى أن ينويه بقلبه ، ولأن يتلفظ به من غير أن يسمع نفسه ، فإن ذلك لا يؤثر ظاهراً قطعاً ولا يدين على المشهور .

٤ - ألا يستغرق المستثنى المستثنى منه ، بمعنى أن يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله حتى لا يفضى إلى اللغو ؛ فلو قال الرجل لزوجته : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة تقع واحدة - ويلغو ما حصل به الاستغراق ، وهو واحدة المعطوفة على اثنتين ؛ لحصول الاستغراق بها ، بناء على عدم جمع العدد المعطوف بعضه على بعض . وقيل يقع ثلاث بناء على جمع المستثنى فيكون مستغرقاً ، فيبطل الاستثناء .

ولو قال : أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة فتقع واحدة ، ويلغو استثناء الواحدة من الواحدة لاستغراقه . وقيل يقع ثنتان بناء على جمع المستثنى منه ، فتكون الواحدة مستثنى من الثلاث .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة طلقت واحدة لجواز الجمع ؛ إذ لا استغراق . ولو قال : أنت طالق واحدة ثم واحدة ، بل واحدة لواحدة وقع ثلاثاً جرماً ؛ لأنه استثنى واحدة من واحدة وهو مستغرق فلا يجمع .

تبيينه

الاستثناء من نفي إثبات ، ومن إثبات نفي . فلو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا طلاقة ، فثنتان ؛ لأن المستثنى الثاني مستثنى من الأول ، فيكون المستثنى في الحقيقة واحدة . ولو قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين ، فثنتان تقع ، وقيل ثلاث ؛ لأن الاستثناء الأول مستغرق فيلغو ، والثاني مرتب عليه فيلغو ، أيضاً ، وقيل تقع طلاقة ؛ لأن الاستثناء الثاني صحيح فيعود إلى أول الكلام .

ولو قال : أنت بائن إلا بائنا أو لإطالقاء، ونوي بآنت بائن الثلاث ، وقع طلقتان ، اعتبارا بنيته ، فهو كما لو تلفظ بالثلاث واستثنى واحدة^(١) .

لو زاد المطلق على العدد الشرعى

لو زاد المطلق على العدد الشرعى من الطلاق واستثنى انصرف الاستثناء إلى اللفظ المذكور ، لإلى العدد الشرعى ؛ لأن الاستثناء لفظى ، فيتبع فيه موجب اللفظ ، فلو قال رجل لزوجته : أنت طالق خمسا إلا ثلاثا تقع طلقتان ، ولو قال لها : أنت طالق أربعة إلا ثلاثا وقعت طلقة ، وهكذا . ولو قال لها : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعة فثلاث تقع بناء على أن المستثنى منه لا يجمع مفرقة^(٢) .

المذهب الحنبلى

الاستثناء فى الطلاق

شروط صحة الاستثناء

اشترط الحنابلة لصحة الاستثناء يالا أو إحدى أخواتها ، وهى : غير ، وسوى ، وليس ، وعدا ، وخلا ، وحاشا ، ما يأتى :

١ - ألا يكون المستثنى مستغفرا للمستثنى منه ؛ لأنه يرفع حكم اللفظ كله ، فيصير الجمع لغوا ، فلا يصح هذا فى اللغة بالاتفاق ، وإذا كان كذلك سقط الاستثناء ووقع الطلاق ؛ فن قال لزوجته : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ، أو طلقة لا تلزمك وقع فى الأول ثلاث وفى الثانى طلقة .

٢ - ألا يكون المستثنى أكثر من الباقي بعد الاستثناء فن قال لزوجته :

(١) منى المحتاج لمعرفة مسائل أنماط المنهاج ج ٣ ص ٣٠٢ - وفى المطالب شرح روس

المطالب ج ٣ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ -

(٢) المصادر السابقة .

أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وقع ثلاث - فإذا ساوى المستثنى ما بقى بعد الاستثناء، كأن يقول لزوجته : أنت طالق طلقين، لإطلاقه فقيه وجهان .
٣ - أن يتلفظ بالاستثناء فإذا طلق زوجته بلسانه واستثنى شيئاً بقله وقع الطلاق، ولم ينفعه الاستثناء ؛ لأن المدد نص فيما تناوله لا يحتمل غيره، فلا يرتفع بالنية مائت بنص اللفظ ؛ فإن اللفظ أقوى من النية .

الاستثناء من الاستثناء

والاستثناء من الاستثناء لا يصح منه عند الحنابلة في الطلاق إلا مسألة واحدة على اختلاف فيها، وهي قوله : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة . فإنه يصح إذا أجزنا استثناء النصف فيقع به طلقان . ورد الحنابلة على اعتراض مانعه : أنه كيف نجزون استثناء الاثنين من الثلاث وهي أكثرهما ؛ فقالوا : لقد أجزنا ذلك ؛ لأنه لم يسكت عليهما ، بل وصلهما بأن استثنى منها طلاقة ، فصار عبارة عن واحدة .

٤ - اتصال المستثنى بالمستثنى منه اتصالاً معتاداً ، ولا يضر الفاصل الضرورة ، كسماع وعى ونحوه ، فالكلام ، في هذه الحالة ، متصل حكماً .

٥ - أن بنوى الاستثناء ، فلو جرى على لسانه عفواً دون أن ينوى الاستثناء لم يعتد به (١) .

التفريق بعدم الانفاق على الزوجة ، وبالعيب

وبسبب الضرر ، والغيبة ، والخس

اقتضت حكمة الشريعة الغراء أن يكون الطلاق بيد الزوج لمعان كثيرة كلها تدور حول الحفاظ على دوام عقد الزواج وإحاطة الحياة الزوجية

(١) انتهى الإبراداد للبهوتي ج ٣ ص ١٤٥ .

يجوز من الاستقرار والهدوء . وتحقيقا للعدالة بين الزوجين وتناهما البشرى من بين وبنات . واتماما لهذه العدالة أعطى الشارع للزوجة الحق في المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها إذا كان به عيب من العيوب التي تفوت بها ثمرات الزواج ، أو تختل بها عشرة الزوجية ، أو كان الزوج معسرا بالنفقة ، أو ممتنعا من الإتيان عليها بغير حق ، أو إذا لقيت من زوجها زهقا ، وعنتا ، أو أصبح يضارها ويؤذيها وامتنع عن طلاقها بالمعروف ؛ فإن امتناعه في هذه الحالات عن طلاقها يعتبر ظلما ، ويجب على القاضي أن يخلصها منه ، ويفرق بينها وبينه ؛ لأن مهمة القضاء هي رفع الظلم ، وإحقاق الحق ، والنظر في مصالح الناس ... الدينية ، والدينية .

وسنذكر الحالات التي يجوز للقاضي أن يطلق فيها الزوجة على زوجها بناء على طلبها وهي :

- ١ - التطلق لعدم الإنفاق .
- ٢ - التطلق لصيب الزوج .
- ٣ - التطلق للضرر .
- ٤ - التطلق لفتية الزوج عن زوجته بلا عذر مقبول .
- ٥ - التطلق لحبس الزوج .

التطلق لعدم الإنفاق

المذهب الحنفي

للمذهب الحنفي لا يجوز التطلق

المذهب الحنفي لا يجوز تطلق الزوجة على زوجها بسبب إعساره بنفقتها أو امتناعه من الإنفاق عليها . ويرى أنه إذا كان الزوج معسرا استدان الزوجة عليه بأمر الت . وأن كان ممتنعا من الإنفاق عزره القاضي وحسبه .

أدلة الأحناف

استدل الحنفية على مذهبهم بالكتاب ، والسنة ، والمعقول :

فن الكتاب : قول الله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها ، سيجعل الله »
بعد عشر يسرا (١) . »

كما استدلوأ بقوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة (٢) » .

وجه الاستدلال

الآية الأولى : أبانت أن الإنفاق على الزوجة حسب القدرة والسعة . وأن من ضيق عليه فعليه الإنفاق قدر طاقته ، وأن الزوج لا يكلف إلا بقدر ما أعطاه الله من الرزق . وليس في الآية ترتيب آثار ضد الزوج نتيجة عدم إنفاقه على زوجته لا عساره .

والآية الثانية . نصت على أن من أعسر فعلى تأخيرها وإمهالها : فالنظرة اسم من الإنظار ، وهو الإمهال : يقال نظره وانتظره ، وتنظره ، تأتي عليه وأمهله . وهذا الحكم عام في كل دين ، ومنه دين النفقة .

ومن السنة

كما قال الأحناف : إنه لم يتقل عن الرسول ، صلى الله عليه وسلم ، أنه طلق الزوجة على زوجها لإعساره أو امتناعه عن الإنفاق على زوجته مع العلم أن أكثر الصحابة رضوان الله عنهم أجمعين كانوا فقراء معسرين . كما لم يثبت عن النبي ، صلى الله عليه وسلم ، أن التفريق حق للزوجة في هذه الحالة ، فدل ذلك على عدم جواز التفريق للإعسار وعدم الإنفاق .

(١) الآية رقم ٧ من سورة الملاق .

(٢) الآية رقم ٢٨٠ من سورة البقرة .

المعقول : قال الأحناف : إن عدم إلتفاق الزوج على زوجته إن كان لفقره ، وعجزه عن الإلتفاق عليها فهو معذور ، فلا ظلم منه لزوجته ، ويجب انتظار ميسرته ، وتفرض عليه النفقة ، وتستدين عليه الزوجة ، ويرجع من يدينها على زوجها إذا أيسر . فيكون تطليق زوجته عليه ظلماً في هذه الحالة . وإن كان عدم إلتفائه عليه تعتنا مع يساره بحبسه القاضى حتى ينفق عليها . وبذلك تمكن الزوجة من الحصول على نفقتها .

المذهب المالكي

التطليق للإعسار

تطليق المرأة لعجز زوجها عن النفقة :

أجاز المالكية التطليق لعدم الإلتفاق فقالوا : إن الزوجة الحق في طالب فسخ العقد بطلقة رجعية إن عجز زوجها عن نفقة حاضرة . ومثلها الكسوة . ولها أن تبقى معه إن عجز عن نفقة ماضية بشرط ألا تكون عالة ، عند العقد ، أنه فقير معسر وإلا فليس لها الفسخ حينئذ إلا إذا كان مشهوراً بالعطاء وانقطع . وكذلك لاحق لها في الفسخ إذا علمت أنه من السؤال الطائفين بالإبواب ودخلت على ذلك راضية به ، إلا إذا تركه فلها الفسخ .

قال الدسوقي في حاشيته : وحاصل فقه المسألة : أن الزوج إذا امتنع من النفقة ، وطولب بها فأما أن يدعى الملامة ، ويمتنع من الإلتفاق ، وأما ألا يجيب بشيء . وأما أن يدعى العجز . فإن لم يجب بشيء طلق عليه حالا . وإن قال أنا موسر ولكن لا أتفق : فقيل : يعجل عليه الطلاق . وقيل : يحبس ، وإذا حبس ولم ينفق طلق عليه . وهذا كله إذا لم يكن له مال ظاهر ، وإلا أخذ منه . وإن ادعى العجز فأما أن يثبت العجز أولاً . فإن لم يثبت العجز فيقال له : طلق أو أتفق . فإن امتنع من الطلاق والإلتفاق ، فقيل : تلوم له (أى يهمل) ثم يطلق عليه ، وقيل لا يتلوم له (أى لا يهمل) بل يطلق عليه حالا ، والثاني هو المعتمد . وإن أثبت عسره تلوم له على المعتمد ثم يطلق عليه^(١) بعد فراغ مدة التلوم وعدم وجدان النفقة والكسوة .

(١) الدسوقي على الفقه الكبير ج ٢ ص ٥١٨ ، ٥١٩ .

ما تقدم كان في الزوج ، الذي ثبت عسره وتلوم له ، حاضرا . أما الغائب الذي لم يوجد عنده ما يقابل النفقة فالرأى المعتمد في المذهب أنه يطلق عليه للعسر بالنفقة ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، وسواء دعى إلى الدخول أولا ، خلافا لما في بهر أم ، حيث قال : لا بد من دخوله . أو دعوتها له - فالمعتمد في المذهب أن الدخول والدعوة له إنما يشترط في إيجاب النفقة على الزوج إذا كان حاضرا لا غائبا .

كيفية إثبات عسر الغائب

والغائب يثبت عسره إذا لم يوجد عنده ما يقابل النفقة فإذا لم يعلم محله ومكانه أو كانت غيبته عشرة أيام فأكثر تلوم (أى أمهل) له الحاكم بما يراه من مدة من غير تحديد بيوم أو أكثر ولا يؤمر بالنفقة بحيث يقال له إما أن تنفق أو تطلق إذ لا فائدة في أمره بها لأن الغرض ثبوت عسره . أما إذا كانت غيبته قريبة كثلاثة أيام فانه يعذر إليه بأن يرسل إليه : إما أن تنفق على زوجتك ، أو يطلق عليك .

إذا كان الزوج يملك ما يمسك الحياة

وقال المالكية : إذا وجد الزوج ما يمسك عليه الحياة خاصة فانه يطلق عليه إذ لا صبر للزوجة على مثل ذلك عادة .

لا تطلىق إذا وجد القوت

أما إن قدر على القوت كاملا ولو من خشن المأكول أو خبز بغير آدم ، فلا تطلىق عليه . وكذلك لو وجد من الكسوة ما يورى جسدها ولو من الخيش ، أو الصوف ، أو دون ما يلبسه فقراء بلدتها ولو كانت غنية لا تلبس مثل هذا الموجود . وهذا هو الرأى المشهور ، خلافا لأشهب .

الطلاق بالإعسار رجعى

للزوج الذى طلق الحاكم عليه لاعساره مراجعة زوجته المدخول بها إن وجد في العدة يسارا يقوم بواجب مثلها ، عادة ، لا دونه . وإلا فليس له الرجعة . بل لا تصح ، ولو رضيت ، كما في السليمانية عن سجنون . خلافا لمن

قال بصحة الرجعة في هذه الحالة ان رضيت ؛ لأن الطلقة التي أوقعها الحاكم إنما كانت لاجل ضرر فقره ، فلا يمكن من الرجعة إلا إذا زال موجب الطلقة وهو الإعسار^(١) .

المذهب الشافعي

التطليق لعدم الإنفاق

يرى الشافعية ، في الرأي الراجح عندهم ، كما يرى المالكية ، أن للزوجة حق طلب تطليقها من زوجها إذا أعسر هو ، أو من يقوم مقامه من فرع أو غيره ، عن نفقتها المستقبلية ، كأن يتلف ماله مثلا .

امتناع المورس عن النفقة

أما المورس فإذا امتنع عن الإنفاق على زوجته وطلبت التطليق فالأصح أن لا فسخ سواء كان زوجها حاضرا أو غائبا لتمكثها من تحصيل حقها بالحاكم ، أو بيدها إن قدرت ، فإن لم يعرف مكان إقامة الزوج بأن غاب وانقطع خبره فنقل الزكشي عن صاحب المذهب والكافي وغيرهما أن لها الفسخ . ونقل الروباني في التجربة عن نص الأم أنه لا فسخ مادام الزوج مورسا ، وإن غاب غيبة منقطعة ، وتعذر استيفاء النفقة من ماله . قال الأذري : وغالب ظني الوقوف على هذا النص في الأم ، فإن ثبت له نص يخالفه فذاك ، وإلا فمذهبه المنع بالتعذر كما رجحه الشيخان . وقال صاحب مفاتيح المحتاج : وهذا أحوط ، والاول أيسر^(٢) .

إذا جهل حال الزوج :

إذا غاب الزوج وجهل حاله في البسار والإعسار ، فلا فسخ : لأن السبب لم يتحقق . وقال الرافعي : لو شهدت البينة أنه غاب معسرا فلا فسخ كما

(١) المصدر السابق ص ٥١٩ .

(٢) مفتي المحتاج لمعرفة مسائل أنظار المحتاج ج ٣ ص ٤٤٢ وراجع اسنى المطالب شرح

نور المصطفى ج ٩ ص ٩٠

أفتى به ابن الصلاح : استصحابا لنوام النكاح . فلو شهدت بأعساره الآن بناء على الاستصحاب جاز لها ذلك إذا لم تعلم زواله ، وجاز الفسخ حيثئذ . فإن عاد الزوج وادعى أن له مالا بالبلد خفي على بيئة الإعسار ، لم يؤثر إلا أن يثبت أنها تعلمه ، ويقدر عليه ، فيقبن بطلان الفسخ . قاله الغزالي في فتاويه .

الزوج موجود - والمال غائب

ولو حضر الزوج ، وغاب ماله ، فإن كان غائبا بمسافة القصر فأكثر فللزوجة الفسخ ، ولا يلزمها الصبر ؛ للضرر ، كما في نظيره من فسخ البائع عند غيبة الثمن . ولو طلب الإمهال لإحضار المال ، وكان دون مسافة القصر ، فلا فسخ لها ، ويؤمر بالإحضار بسرعة ؛ لأن ما دون مسافة القصر كالحاضر في البلد .

تفسيه

ما تقدم إذا لم ينفق الزوج على زوجته بنحو استدانة ، فإن انفق فلا فسخ لها .

تبرع شخص بالنفقة

ولو تبرع أجنبي بالاتفاق على الزوجة بدلا من زجه المعسر فلها الفسخ ولا يلزمها القبول ؛ منعا للضرر عنها . أما إذا كان المتبرع بالنفقة أما أو جدا والزوج تحت حجره ، وجب عليها القبول ، كما قال الاسترعي . وألحق به الأذرعي ولد الزوج ومسيده .

رأى آخر

حكى ابن كعب أنه لا خيار لها لو كان المتبرع بالنفقة أجنبيا عن الزوج . وبه أفتى الغزالي : لأن المنة على الزوج لا عليها . وكذلك لو سلم المتبرع

النفقة للزوج ثم سلمها الزوج للزوجة لم يفسخ كما صرح بذلك الخوارزمي^(١)

المذهب الحنبلي

التطليق لعدم الإنفاق

المعسر

أجاز الحنابلة لزوجة الرجل إذا أعسر أن تبقى معه ، وتصيح نفقتها ديناً في ذمته ، وبين أن تطلب إلى القاضي تطليقها على زوجها لأعساره . وقرر الحنابلة : أنه يستوى ، في الإعسار ، أن يعسر بالقوت والمسكن ، أو بأحدهما ، أو إذا صار الزوج لا يجد النفقة لزوجته إلا يوم ما دون يوم : لأن الضرر يلحق الزوجة في كل ذلك ، فالبدين لا يقوم بدون كفايته وقامساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، والإيساك مع ترك النفقة ليس امساكا بالمعروف . ولحديث أبي هريرة مرفوعا : « في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : يفرق بينهما » . رواه الدارقطني . وقال ابن المنذر : ثبت أن عمر كتب إلى امرأه الأجناد في رجال ظهروا عن نسائهم ، فأمرهم أن ينفقوا ، أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى . . وقال الحنابلة : إن الضرر الذي يصيب المرأة لعدم الإنفاق عليها أقل من الضرر الذي يصيب المعسر بتطليق زوجته عليه فتملك الزوجة الفسخ لهذا السبب فورا ، ومتراخيا ؛ لأنه خيار لدفع ضرر فأشبهه خيار العيب في البيع .

لو رضيت بالإعسار لا يسقط حقها في الفسخ

وقال الحنابلة : لو رضيت المرأة بعسرة زوجها ؛ أو تزوجته عالة بعسرتة فلها الفسخ ؛ لأن النفقة تتحدد يوما بيوم .

(١) تراجع المصادر السابقة ذات الجزء والمقدمة .

امتناع الزوج المוסر عن الإنفاق

لو امتنع موسر من الاتفاق على زوجته . ولم تقدر أخذها وجب لها من نفقة وكسوة أو بعضها من ماله . فلها رفع أمرها إلى حاكم فيأمره بدفعه لها ، فإن امتنع أجبره الحاكم على الدفع ، فإن أبى حبسه حتى يدفع النفقة . فإن غيب ماله وصبر على الحبس ، فللزوجة الفسخ : لتعذر النفقة عليها من جهته كالمعسر .

غياب المוסر وتعذر النفقة

ولو غاب موسر وتعذر الاتفاق على زوجته بأن لم يترك لها نفقة ، ولم يظهر له مال ، ولم يمكنها تحصيل نفقتها باستدانة وغيرها ، فلها الفسخ : لتعذر الاتفاق عليها من ماله كحال المعسر بل أولى ، ولأن في الصبر ضررا أمكن إزالته بالفسخ فوجب إزالته دفعا للضرر .

لا بد في الفسخ من حكم الحاكم

الفسخ للإعسار ، أو للامتناع عن الاتفاق ، لا بد من طلب الزوجة الفسخ ، وقضاء الحاكم به ^(١) .

المذهب الظاهري

التطبيق لعدم الإنفاق

لا تطلىق لإعسار الزوج

لا يرى الظاهرية التطليق لعدم الإنفاق على الزوجة للإعسار فقد قالوا : إن عجز الزوج عن نفقة نفسه ، وامراته غنية كافت الإنفاق عليه ، ولا ترجع بشيء من ذلك إن أيسر ، إلا أن يكون عبدا فنفقته على سيده لا على امرأته . واستدلوا الرايهم بقوله تعالى : (وعلى المولود له رزقهن كسوتهن بالمعروف . لا تكلف نفسا إلا وسعها . لا تضار والدة بولدها ،

(١) منتهى الإيرادات الفقهية ج ٣ ص ٢٥٣ .

ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) قال علي : الزوجة وارثة فعلها نفقته بنص القرآن^(١) .

المذهب الشيعي الامامي

لا تطليق بسبب الإعسار

لم أطلع على نص عند الشيعة الإمامية يفيد جواز تطليق القاضي المرأة على زوجها بسبب امتناعه من الاتفاق عليها أو بسبب إعساره . بل كل ما قرأته أنهم أوجبوا على الحاكم أن يجبر الزوج الممتنع عن الاتفاق على زوجته على أن ينفق ، وله أن يبيع من ماله جبراً عليه ، لينفق منه على الزوجة^(٢) .

بجمل أدلة من قال بجواز التطليق لعدم الاتفاق

استدل جمهور الفقهاء على مذهبهم بالكتاب، والسنة، وفعل الصحابة، والمعقول .

الكتاب

فمن الكتاب قوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء ، فبلغن أجلهن ، فأمسكنهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف . ولا تمسكنهن ضراً لاعتدوا . ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه »^(٣) .

وجه الاستدلال

الآية وإن كانت واردة في المطلقات فإنها تدل على أن الإمساك بالمعروف إذا فات وقت قيام الزوجية بين الزوجين حقيقة ؛ لعدم اتفاق الزوج على زوجته ؛ إما لمجزئه عن الاتفاق ، أو لامتناعه عن الاتفاق مع يساره

(١) المحل لابن حزم ج ١٠ ص ٩٢ ، ٩٣ ، ٩٥ مسألة رقم ١٩٣٠ .

(٢) الروضة البهية شرح الفقه المشيخي ج ٢ ص ١٤٥ .

(٣) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة .

يجب على الزوج أن يطلقها ، لأن في بقاء الزوجية واستمرارها مع عدم إنفاقه على الزوجة اضراراً بها . فإن لم يفعل ذلك نأب القاضى عنه في الطلاق إذا طلبت الزوجة منه ذلك دفعا لظلمه ، ومنعاً من الاضرار بها .

السنة

حديث أبى هريرة مرفوعاً : « في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : يفرق بينهما ، رواه الدارقطني

فعل الصحابة

قال ابن المنذر ثبت أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نساءهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى .
المعقول

القاعدة العامة المقررة في الشريعة الاسلامية : لا ضرر ولا ضرار . كما ورد بذلك الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وإمساك الزوج زوجته من غير أن يقوم بالاتفاق عليها ضرر بها فيزال هذا الضرر بأن يطلقها القاضى من زوجها إن أبى هو طلاقها . وقال الجمهور : إنه ثبت جواز التطلق على الزوج لبعض العيوب التي تظهر فيه عجزاً عن مباشرة الحياة الجنسية ، كالجبة والعنة والخصاء ، فبطريق الأولى أن يطلقها بسبب عجز الزوج عن الاتفاق على زوجته ، أولاً متناعه عن الاتفاق عليها مع يساره وقدرته ؛ لأن الحاجة إلى النفقة متجددة كل يوم ، ويتوقف بقاء الانسان وحياته على النفقة ، وليس الأمر كذلك في المباشرة الجنسية .

مناقشة الخفية لأدلة الجمهور

ناقش الخفية ومن معهم أدلة الجمهور فقالوا :

إن القول بأن هناك حالات يثبت فيها العجز عن مباشرة الحياة الجنسية وأجز بسببها التطلق كالجب ، والعنة ، والخصاء ، فبطريق الأولى أن يطلقها

القاضى بسبب عجز الزوج عن الاتفاق ، أو الإمتناع عنه مع يساره . أوجب بأن الطلاق بسبب العيوب المذكورة متعين لدفع الضرر عن الزوجة ؛ لأن هذه عيوب وأوصاف دائمة ملازمة غير زائلة بخلاف الفقر ، والمعجز عن الاتفاق ، فإنه أمر طارىء زائل لا دوام له ؛ إذ لاغنى يدوم ، ولا فقر يبق ، فالقياس إذن قياس مع الفارق .. ومع هذا فلا سبيل إلى دفع الضرر بسبب العيوب الدائمة كالجب والعنة سوى الطلاق . أما عدم الاتفاق فيمكن دفعه بغير الطلاق ، بفرض النفقة عليه ، وتستدين بأمر القاضى ، فلوجعلنا كل من افتقر فسخت عليه زوجته لعن البلاء وتفاقم الشر ، وفسخت انكحة كثيرة ، وكان الفراق بيد أكثر النساء ، فن ذا الذى لم تصبه عسرة ، ولم تعوزه النفقة أحيانا . ويمكننا منع الظلم عن المرأة بحبس الغنى المماطل فى دفع النفقة لزوجته وتعزيره .

القانون

وقد جعل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى مواده من الرابعة حتى السادسة الحق للمرأة فى التطلق لعدم إتمام زوجها عليها ، أو لإعساره ، وجعل الطلاق الذى يصدر من القاضى فى هذه الحالة طلاقا رجعيا (م - ٦ من القانون) وألحقت المادة الخامسة زوجة الغائب ، والمسجون ، بزوجة المعسر فى أن لها الحق أن تطلب التطلق لعدم الإتمام بشرط ألا يكون لهما مال ظاهر تستطيع الزوجة منه أن تنفق على نفسها . ولم يحدد القانون مدة الغيبة ، ولا مدة الحبس ، بل جعل للقاضى حق التطلق بعد الإعتذار إلى الزوج وانتهاء المدة المضروبة له أن كان محل إقامته معروفا (١) .

(١) جاء فى تعامات وزارة العدل الخاصة بالمادة الرابعة المذكورة ما نصه :

« تضمنت هذه المادة بيان الأحوال التى يطلق فيها القاضى من الزوج الحاضر الذى ليس له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه وحى : »

١ - إذا صادق الطرفان على الإحصار ، أو أنكرته الزوجة ، وانبته الزوج . وفى هذه الحالة يمهل مدة لاتزيد على شهر ، فإن أتمق فلا تطلق ، وإلا طلق عليه القاضى . بقوله : فسخت نكحتك منه ، أو طلقته منه .

التطليق بسبب العيب

المذهب الحنفى

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الزوجة إذا وجدت بزوجها عيباً من العيوب التناسلية، كالعنة، والجب، والحصاء، فلها خيار الفسخ، وذلك بأن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة الفرقة بينها وبين زوجها، حتى إذا ثبت

٢ - إذا ادعى الاعمار ولم يثبت له إصداقة، ولا بينة.

٣ - إذا سكنت ولم يقل لى مسر أو موسر وأمر على عدم الاتفاق وبالأولى إذا قل : لى موسر، وأمر على عدم الاتفاق. وفي هاتين الحالتين الأخيرتين خالف عليه القاضى، بدون إهمال، بإحدى المبيتين الساقى ذكرهما.

وفي كل الأحوال لابد من طلب الزوجة التطليق.

وملخص النتائج الخاصة بالمادة الخامسة ما يأتى :

١ - إذا غاب الزوج غيبة قريبة ولم يترك لزوجته نفقة ورفضت أمرها إلى القضاء، فإن كان له مال ظاهر وهو ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة نفذ حكم النفقة فيه.

(٢) وإن لم يكن له مال ظاهر، ورفضت أمرها للقضاء طالبة التطليق لعدم الاتفاق، فبعد أن يثبت للمحكمة غيبته، وزوجيتها، وتركها بلا نفقة، وعدم وجود مال ظاهر له ضرب القاضى أجلاً للقائى بحسب ما رآه وأعذر إليه أنه إذا لم يرسل فى تلك المدة للزوجة ما تنفق منه على نفسها، أو إذا لم يحضر للإتفاق، يطلق عليه زوجته. وتقرر المحكمة تكاليف فلم الكتاب بإعلانه بصورة الإعذار. فإن مضى الأجل المضروب له ولم يرسل لزوجته ما تنفق منه، ولم يحضر للإتفاق عليها، وتحققت المحكمة من وصول الإعلان إليه، طلقها القاضى.

٣ - إذا غاب الزوج غيبة بعيدة، ولم يكن له مال ظاهر، وتمت دعواها، طلقها القاضى عليه بدون ضرب أجل له ولا أعذار إليه.

٤ - إذا غاب الزوج غيبة بعيدة، ولم يدر مكانه ورفضت زوجته أمرها للقضاء طالبة الفرقة لعدم الاتفاق، ولم يدر وجود مال ظاهر له، طلقها المحكمة بدون ضرب أجل، ولا أعذار، متى أثبتت دعواها.

٥ - ومثل القاضى غيبة بعيدة المخفود.

٦ - إذا كان الزوج مسجوناً، ولم يكن له مال ظاهر، ورفضت الزوجة الأمر إلى القضاء طالبة الفرقة لإعصاره، وأثبت ذلك، طلق المحكمة عليه بعد ضرب الأجل والإعذار كما فى الحالة الثانية.

تنبیه :

يعتبر الزوج غائباً غيبة قريبة إذا كان مكانه مجهول وصول قرار المحكمة بضرب الأجل إليه فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام. ويعتبر غائباً غيبة بعيدة من ليس كذلك.

ما ادعته من وجود عيب من هذه العيوب بزوجها بأى طريق من طرق الإثبات حكم لها القاضي بالتفريق بينهما بناء على طلبها ؛ لأن مقاصد الزواج الأصلية من التوالد والتناسل لا تتحقق مع هذه العيوب ، ولأن هذه العيوب دائمة ، ولا يمكن تلافي الضرر الناشئ عنها إلا بالفرقة بين الزوجين ، والزوجة ليس بيدها الطلاق حتى تستطيع أن تدفع عن نفسها الضرر بأن تطلق نفسها منه .

الفرقة طلاق بائن

يرى الحنفية والمالكية أن تفريق القاضي بين الزوجين هنا في هذه الحالة طلاق بائن فينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج ، وعلل الأحناف لأبيهم بقولهم : لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمرأجة (١) .

الفرقة فسخ لا طلاق

ويرى الشافعية والحنابلة أن الفرقة الحاصلة في هذه الحالة هي فسخ للعقد لا يترتب عليها نقص عدد الطلاق ؛ لأن الفرقة جاءت من جهتها .

الزوجة لا يفسخ نكاحها بالعيوب

واففق فقهاء الحنفية على أن الزوج إذا وجد زوجته مغيبة بأى عيب تناسلى (٢) أو غير تناسلى فليس له خيار الفسخ ، بمعنى أنه ليس له الحق في أن يرفع أمره للقضاء طالبا الفرقة بينه وبين زوجته وإن طلب ذلك رفض طلبه ، لأن الزوج إذا ما تضرر من عيب بزوجه فله أن يتخلص منها ، وأن

(١) الهداية على بداية المجهد ج ٣ وفتح القدير ج ٣ ص ٢٦٤ .

(٢) العيوب لما تناسلية خاصة بالرجال وهي الجب ، والعنة ، والمصاء - فالجب يفتح الجيم هو استئصال عضو التناسل - والمصاء هو سبل الخصيتين أى تزعمها - والعنة بضم العين وتهديد النون المفتوحة هو عجز الرجل عن الوصول الى النساء ، ولما عيوب تناسلية خاصة بالنساء وهي الرتق (وهو انسداد المجرى) والقرن وهو (غدة في المجرى تمنع الجماع) وأما عيوب مشتركة بين الرجال والنساء - كالجنون ، والمجنون ، والبزء .

ينهى الزوجية بينهما بالطلاق، حيث جعل الشارع الطلاق يده وذهب سائر الأئمة - مالك والشافعي وأحمد - إلى أن الزوج له خيار الفسخ إذا ما وجد زوجته معيبة بأحد هذه العيوب وهي : الرق ، والقرن ، والجنون ، والجذام ، والبرص ؛ لأن هذه العيوب تمنع المباشرة الجنسية ، إما حسا وإما طبعاً .

العيوب غير التناسلية

إذا وجدت الزوجة بزوجها عيباً ليس أحد العيوب التناسلية السابق ذكرها (العنة ، والجلب ، والخصاء) بأن وجدت به جذاماً أو برصاً فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لاحق لها في الفسخ ، فلو طلبت من القاضي التفريق بينها وبين زوجها للعيب المذكور يرفض طلبها ؛ لأن هذه العيوب غير التناسلية وإن كانت تنفر منها النفس فهي غير مانعة من حصول مقاصد الزواج في الجملة ، فلا تتنافى مع مقاصد النكاح ، بخلاف العيوب التناسلية فإنها منافية لتلك المقاصد .

وقال الإمام محمد بثبوت حق الزوجة في طلب التطليق إذا وجدت بزوجها عيباً كالجذام ، والبرص ، ففي الخيار بين البقاء وبين أن تطلب الطلاق جبراً عليه إذا لم يطلقها هو بالمعروف تلبية لطلبها منه . وقال أن في ذلك دفعاً للضرر عن المرأة كما في عيوب : الجلب ، والعنة .

دليل الإمام وصاحبه

لم يثبت أبو حنيفة وأبو يوسف للزوجة خيار فسخ العقد بغير عيوب : الجلب ، والعنة ، والخصاء ، معاً لأن ذلك بأن الأصل هو عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج ، وإنما ثبت في الجلب ، والعنة ، والخصاء ؛ لأن هذه العيوب مع وجودها أصبحت المقصود المشروع له النكاح غير ممكن تحقيقه ، وهي عيوب مستمرة . أما غيرها من العيوب فتغير محالة المقصود المشروع له للنكاح ؛ لأن المستحق للزوجة هو التمكن من الوطء وهو غير ممنوع مع وجود هذه العيوب بخلاف عيوب : الجلب ، والعنة ، والخصاء . فافترقا^(١) .

شروط التفريق بعيوب الزوج التناسلية

الحب

قال الأحناف : إذا وجدت المرأة زوجها مجبواً كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضي تطلب التفريق بينها وبينه ، فإذا ثبت ذلك عند القاضي بأى طريق من طرق الإثبات أمر الزوج بتطليقها في الحال ، فإن لم يطلقها ناب عنه القاضي في تطليقها منه ؛ منعاً للضرر الذى يلحقها . لكن هذا التفريق مشروط بشروط هي :

- ١ - أن تكون الزوجة بالغة ، فلو كانت صغيرة وطلب وليها التفريق بينها وبين زوجها لم يفرق القاضي بينهما ؛ لاحتمال أن تسقط حقها بعد البلوغ ، وترضى بالبقاء مع الزوج لحسن عشرته ، أو لمعان أخرى تراها .
- ٢ - أن تكون الزوجة غير عالة بحالة الزوج قبل الزواج ؛ فلو تزوجته وهي تعلم بحالته كانت راضية بالبقاء معه ، فلا يكون لها حق طلب التفريق .
- ٣ - ألا يوجد منها ما يفيد رضاها بالمكث معه بعد الزواج ، والعلم بحالته .
- ٤ - ألا يكون بها عيب يمنع من المخالطة ؛ فإذا كان بها شيء من ذلك فلا يكون لها حق المطالبة بالتفريق ؛ لأن مانعاً قد وجد من جانبها أيضاً ؛ فلا يكون الرجل ظالماً بعدم تطليقها حينئذ^(١) .

العنة

وقال الأحناف : إذا وجدت المرأة زوجها عتيماً (بأن كان غير قادر على مخالطة النساء مانع عنده كضعف في أصل الخلقة ، أو بسبب عارض مثل كبر السن) كان للزوجة أن ترفع الأمر إلى القاضي تطلب التفريق . فإذا ثبت ذلك عند القاضي باعتراف الزوج مثلاً فلا يفرق بينهما في الحال ؛ بل يمهل الزوج سنة ، عساه أن تمتد طبيعته خلالها . لاشتغالها على الفصول الأربعة فيستطيع مخالطة زوجته . فإن لم يستطع ذلك وطلبت الزوجة من

القاضي انفريق، فإنه يفرق بينهما دفعا للضرر عنها متى لم يرض الزوج أن يطلقها.
وهذا التفريق مشروط أيضاً بالشروط التي قدمناها في المحبوب . ويزاد
عليها أن يكون العنين بالغا؛ فإن كان صبياً فإنه ينتظر به إلى وقت البلوغ ،
فقد يكون للصغر أثر في العنة؛ فإذا بلغ ولم يستطع مخالطتها ، فإنه يؤجل سنة
من ذلك الوقت . وهذا بخلاف المحبوب فإنه لا ينتظر بلوغه ، ولا يؤجل لعدم
العائدة من ذلك . ولا يعتبر الأجل إلا بتأجيل القاضي فلا عبرة بتأجيل
غيره كأنما من كان . فلو أن الزوجة أمهلت زوجها سنة على سبيل الإعذار ،
ثم رفعت الأمر إلى القاضي تطالب أن يطلقها على زوجها للعيب الذي به
فلا يجيبها لطلبها فوراً ، بل يؤجل القاضي الزوج سنة أخرى ويبتدئ الأجل
من وقت الخصومة إلا إذا كان الزوج صغيراً أو مريضاً ، أو في حالة الإحرام؛
فإن ابتداء الأجل يكون من وقت البلوغ أو الشفاء من المرض أو الانتهاء
من الإحرام . فإن عرض أثناء السنة عارض يمنع الاتصال بين الزوجين
مدة ، وكان بسبب من جهتها كمرضها أو حجها أو غيبتها لشأن من شؤنها
فلا تحسب تلك المدة من السنة . وكذلك إذا كان الضرر من جهة الزوج ،
كمرضه وسجنه ، أما إذا غاب باختياره لشأن من شؤنه أو لالحج فلا يعتبر عذراً
بل تحسب أيامه من السنة .

الخصاء

وقال الأحناف : إذا وجدت المرأة زوجها خصياً ، ولم يستطع مخالطها ،
ورفعت الأمر إلى القاضي وثبت ذلك باعتراف الزوج فإنه يؤجل سنة .
فإن مضت سنة ، ولم يستطع المخالطة أمره القاضي أن يطلقها ، فإن لم يفعل
طلقها القاضي عليه نيابة عنه مع مراعاة الشروط المذكورة في العنين .

اختلاف الزوجين في وجود العيب

ولو اختلف الزوجان في حدوث العيب ، فالزوج ينكر العنة ويدعى أنه واصل
إلى زوجته وجامعها ، والخصم يدعى أنه جامع زوجته فلا يخلو الحال من الآتي :

إما أن تكون الزوجة وقت النكاح بكرًا أو ثيبًا وحكم كل حالة فيما يلي :
١ - فإن كانت ثيبًا فالقول قول الزوج مع يمينه ؛ لأنه يشكر استحقاق حق الفرقة حقيقة وإن كان مدعيًا للوصول بصورة ، والأصل هو السلامة في الجيلة ، وكان الظاهر شاهدا له ، فالقول قول من يشهد له الظاهر . ثم إن حلف بآله قد أصبتها بطل حقه ، وإن نكل يؤجل سنة ، لأنه كالمقر بعدم الوصول إليها .

٢ - وأما إذا كانت بكرًا وقت النكاح فلا يستحلف بل تراها النساء .
فإن قلن هي بكر أجل سنة من غير احتياج إلى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه .

طرق إثبات البكارة

قال صاحب فتح القدير : الأولى أن ينظر إليها امرأتان أو أكثر -
فإن رأتهما واحدة متصفة بالعدالة يكفي (نص على العدالة في كافي الحكم) والثنتان أحوط . وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع في فرجها أصغر بيضة للدجاج فإن دخلت من غير عنف فهي ثيب ، وإلا فيكر أو تكسر وتسكب في فرجها فإن دخل قثيب ، وإلا فيكر . وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فيكر ، وإلا قثيب .

٣ - وإذا كانت وقت النكاح بكرًا ورآها النساء وقلن إنها ثيب فتثبت الثبوبة ولا يثبت وصوله إليها ؛ لأن البكارة قد تزول بغيره ؛ كوثبة ونحوها . غير أن القول قوله لو قالت : زالت البكارة بأصبعه ونحوه ، فيحلف أنه وصل إليها ، فإن حلف تقرر النكاح . وإن نكل أجل سنة ، ثم فرق بينهما إن لم يصل إليها .

اختلاف بعد مضي السنة

لو اختلفا بعد انتهاء الأجل سنة ، في وصوله إليها في السنة ، فادعاء

هو وأنكرته هي ، فالأمر يفصل فيه كما لو اختلفا قبل التأجيل إذا كانت بكرًا نظر إليها ، فإن قلن هي بكر ، خبرت للحال بين الإقامة والفرقة ، وإن قلن هي ثيب حلف ، فإن نكل خبرت ، وإن حلف استقر النكاح^(١) .
أما الثيب وقت النكاح فالقول للزوج ، فإن حلف استقر النكاح ، ولو نكل أجل سنة وتخبر .

الحنثي

والحنثي إذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة ، فهو جائز ؛ فإن وصل إليها ، وإلا أجل كالعنين .

الأجل بالسنة القمرية

اختلف الفقهاء في المراد بالسنة هل هي القمرية أم الشمسية ، ففي الهداية قال : وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح^(٢) . وقال صاحب فتح القدير تعليقاً على ذلك : صححه صاحب الواقعات احترازاً عما اختاره شمس الأئمة السرخسي ، وقاضخان ، وظهير الدين من اعتبارها شمسية . وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة . وما ضربت السنة إلا للتوصل إلى صلاح الطبع ، ورفع المانع فيجوز أن يوافق طبعه مد زيادة السنة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها .

وجه الأول أن الثابت عن الصحابة كعمر رضى الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولاً . وأهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهلة . فإذا أطلق السنة انصرف إلى ذلك ، ما لم يصرحوا بخلافه ، ثم زيادة الشمسية قبل أحد عشر يوماً . وعن الحلواني السنة الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم ، والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون . كذا رأيت في نسخة ...^(٣) .

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٥ .

(٢، ٣) فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٦ والهداية على هامش ذات الجزء . والصفحة والمانية على

هامش فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٦ ،

مبطلات الخيار

ثبوت الخيار للزوجة المجهوب ، أو العنين ، أو الخصى ، لا يبطل بالتراخي في رفع الأمر للقضاء . فلو مكثت مع الزوج زمناً ، ولم تصرح برضاها بالبقاء معه على تلك الحالة فلها الحق أن ترفع الأمر إلى القاضي تطلب التفريق ، ولا يكون سكوتها رضا بالعيب . وكذلك إذا رفعت الأمر إلى القاضي بطلب التفريق ، ثم لم تستمر في الخصومة ، فلها الحق بعد ذلك في طلب التفريق ، ومثل ذلك أيضاً إذا أجل العنين ، أو الخصى ، سنة ، ثم لم تتقدم بعد مضي السنة بطلب التفريق ، فإنه لا يبطل حقها في هذا الطلب بعد ذلك . أما إذا حضرت مجلس القضاء بعد مضي السنة ، وتام إجراءات التفريق ، فغيرها القاضي بين الفرقة والبقاء مع الزوج ، فقامت من المجلس ، أو وجد منها ما يدل على الإعراض ، أو قام القاضي من المجلس قبل أن تختار شيئاً ، فإنه يبطل خيارها ، ويكون ذلك منها رضا بالبقاء مع الزوج .

العيوب التي تختلف الفقهاء في التفريق بها

العيوب التي تختلف الفقهاء في التفريق بها قسمان :

الأول . عيوب في الزوج غير ما تقدم وهي البرص ، والجذام ، والجنون . وقد قلنا : إن الأحناف لا يجيزون التطليق بسببها . ولم يخرج على هذا الرأي منهم سوى الإمام محمد رضي الله عنه ، فإنه قال كما يقول جمهور الفقهاء يجوز التطليق بسببها . وقد أبنا رأي الأحناف تفصيلاً في ذلك .

٢ - عيوب الزوجة كالبرص والجذام والجنون والرق والقرن ، وفصل القول فيها هو الآتي :

المذهب الحنفي

قال الأحناف : لا خيار للزوج بسبب عيوب الزوجة مطلقاً ، فلا يفسخ بها الزواج ؛ لأنها مائة من حصول المقصود من الزواج ؛

ثم هي عيوب قد ينفع فيها العلاج فيزول به المانع . هذا إلى أن الزوج يستطيع التخلص من زوجته بالطلاق فلا حاجة ، إذن ، إلى الفسخ .

المذهب المالكي

التطليق بسبب العيب

شروط الخيار

اشترط فقهاء المالكية لثبوت الخيار لأحد الزوجين ، إذا وجد بصاحبه عيباً من العيوب التي توجب الخيار والرد ، ما يأتي :

١ - ألا يكون من يطلب الخيار للعيب عالماً بوجود هذا العيب قبل العقد .

٢ - ألا يرضى بعيب المغيب صريحاً كقوله : رضيت بك ، أو التزاماً لتحقيق السلم من نفسه ، حيث أطلع عليه بعد العقد .

٣ - ألا يكون قد تلذذ بالمغيب بعد العلم بالعيب .

أولاً - العيوب الخاصة بالرجل ويرد بسببها

والعيوب التي يكون للزوجة بسببها خيار البقاء مع زوجها الذي به هذه العيوب ، أو الطلاق منه ، هي :

١ - الجب ، والخصاء ، والعنة ، والاعتراض - ونفصل ذلك فيما يلي :

الجب

وهو قطع الذكر ، والأنثيين ، وكذا مقطوع الأنثيين فقط ، إذا كان لا يمني ؛ فمن كان هذا حاله فلزوجته خيار فسخ العقد . ومثل قطع الذكر قطع الحشفة . أما مقطوع الأنثيين الذي يعني فلا رد به كالمقم .

الخصاء

هو قطع الذكر دون الأنثيين .

العنة

والعنة بضم العين المهمة وتشديد النون المراد بها هنا صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع؛ قال الدسوقي : ومثل صغر الذكر في كونه موجبا للرد : الثخن المانع من الإيلاج وأما الطول فيلوى الشيء على ما يستطيع إيلاجه من أصله . ولا يرد الزوج بوجوده خنثى متضح الذكورية^(١) .

الاعتراض

والاعتراض هو عدم انتشار الذكر — سواء كان لا ينتشر على كل النساء أو لا ينتشر على زوجته هي فقط ، وينتشر على غيرها .
تفصيله : العيوب المذكورة يرد بها الزوج سواء وجدت قبل العقد أو بعده .

ثانياً — العيوب الخاصة بالمرأة والتي للزوج بسببها خيار الفسخ
أما العيوب التي تخص المرأة وللزوج بسبب وجودها خيار الفسخ فهي ما يأتي :

١ - القرن بفتح الراء وهو شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون من لحم غالباً فيمكن علاجه . وتارة يكون عظماً فلا يمكن علاجه عادة .

٢ - الرتق بفتح الراء والتاء الفوقية وهو انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع ، إلا أنه إذا انسد بلحم أمكن علاجه ، وبمعظم لم يمكن عادة .
٣ - البخر هو تن الفرج ؛ لأنه منفرد ؛ وقال الأئمة الثلاثة : لا رد به ؛ كالجرب ، وتن الفم .

٤ - العفل بفتح العين ، والفاء : لحم يبرز في قبل المرأة ، ولا يسلم غالباً من رشح يشبه أدرة الرجل . وقيل : العفل رغبة في الفرج تحدث عند الجماع .

(١) الدسوقي على المصحح الكبير ج ٣ ص ٢٧٨ .

٥ - اختلاط مسلكي البول .

تنبیه

محال ثبوت الخيار بالعيوب الموجودة في المرأة أن تكون موجودة قبل العقد، أو حينه . أما الحادثة بعده فلا ترد به المرأة . ولا خيار للرجل في فسخ العقد بسببها ؛ لأنها مصيبة نزلت به .

ثالثاً - عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة

والعيوب المشتركة بين الرجل والمرأة هي : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والعذبة .

أحكام كل نوع

العيوب المشتركة

لأحد الزوجين الخيار بالشروط السابق بيانها إذا وجد في الآخر عيباً من العيوب الآتية :

(١) البرص، ولا فرق بين أبيضه، وأسوده الأردأ من الأبيض؛ لأنه من مقدمات الجذام، وسواء كان يسيراً أو كثيراً في المرأة؛ اتفاقاً، وفي الرجل على أحد القوانين في البرص اليسير . ولو حدث البرص بالمرأة بعد العقد عليها لا يعد عيباً ترد به . أما بالنسبة للرجل فهو عيب سواء حدث له قبل العقد أو بعده .

(ب) العذبة : وهي التغوط عند الجماع إذا كان قديماً أو شاك فيه، لا إن تحقق حدوثه فلا رد به . ومثله البول . ولا رد بالريح قولاً واحداً، ولا بالبول في الفراش على الأرجح^(١) .

(١) المذبة بكسر الهمزة وسكون الدال المعجمة ، وفتح اللام التامة .
فظاء مهمله .

(ح) الجذام - ويشترط أن يكون بيننا ولو قليلا ، إذا حدث بالرجل قبل العقد أو بعده . أما إذا كان بالمرأة فيشترط أن يكون حادثا بها قبل العقد عليها ، سواء كان قبل الدخول أو بعده .

(ز) الجنون . ويثبت به الخيار لكل منهما إذا كان جنونا حادثا قبل العقد سواء كان بصريح ، أو وسواس ، وسواء استغرق كل الأوقات ، أو غالها . بل وإن حصل في كل شهر مرة ، ويفيق فيما سواها ، بشرط أن يحدث منه أضرار من ضرب ، أو إفساد شيء . أما الذي يطرح بالأرض ويفيق من غير إضرار فلا رد به إذا كان يحدث قليلا . وأما الجنون الحادث بعد العقد وقبل البناء فإنه يوجب الخيار للمرأة دون الرجل كالجذام . وكذا إن حدث بعد البناء على ظاهر المدونة في الجذام ويقاس عليه الجنون .

التأجيل سنة لمن يرجى برؤه

ويؤجل المريض بهذه العيوب الثلاثة (الجنون ، والبرص ، والجذام) لمدة سنة قرية إن كان يرجى شفاؤه من هذا المرض . وهناك رأى يفيد أن المجنون يؤجل سنة ولوم يرج برؤه . ويعتبر بدء الأجل (السنة القمرية) من يوم الحكم بالتأجيل لامن يوم الرفع للعالم .

العيوب الأخرى لا خيار بها إلا بشرط

قال الشيخ خليل : والخيار ثابت بغيرها إن شرط السلامة ، ولو بوصف الولي عند الخطبة . وفي الرد إن شرط الصحة تردد .

وقد شرح قول الشيخ خليل السابق كثير من فقهاء المالكية فقال صاحب الشرح الكبير : والخيار الثابت بغير العيوب المتقدمة من سواد ، وقرع ، وعمى ، وعود ، وعرج ، وشلل ، وقطع ، وكثرة أكل ، من كل ما يعيد عيباً عرفاً ، إن شرط السلامة منه سواء عين ما شرطه ، أو قال : السلامة من كل عيب ، أو من العيوب . فإن لم يشترط السلامة فلا خيار . ويكتفى الشرط

المذكور لإثبات الخيار لو كان حاصلًا بوصف الولي ، أو وصف غيره
بعضرته وسكت بأن قال : إنها بيضاء وسكت الولي ، أو صحيحة العيين ،
أو سليمة من القرع ونحو ذلك . وسواء سأل الزوج عنها ، أو وصف
الواصف له ابتداءً ؛ فإذا وجدت الزوجة على خلاف ما وصف الواصف له
فالخيار ثابت للزوج . وقال الشيخ الدسوقي معلقاً على ذلك ، قوله :
« وسواء سأل الزوج عنها أي فوصفها الواصف . وما ذكره الشارح من أن
الخلاف بين عيسى ، ومحمد مطلق . وأن عيسى يقول : إن وصف الولي
يوجب الخيار سواء وصفها ابتداءً أو كان وصفه بعد سؤال الزوج عنها .
ومحمد يقول : وصف الولي لا يوجب الخيار مطلقاً طريقة اللخمى . وطريقة
ابن رشدان الخلاف بين عيسى ومحمد إنما هو إذا صدر الوصف ابتداءً من
الواصف ، وأما إذا صدر بعد سؤال الزوج فيتنفق على أنه شرط فيوجب الرد^(١) » .

كتابة الموثق في وثيقة الزواج إن الزوجة صحيحة

ولو كتب الموثق في وثيقة العقد بأنه تزوج فلان فلانة الشابة ، الصحيحة
العقل ، والبدن بصدائق قدره كذا وكذا ثم وجدت على خلاف ما كتب ،
وتنازع الولي والزوج ، فقال الزوج : أنا شرطت ذلك ، وأنكر الولي ،
ولابينة لواحد ؛ فقال ابن أبي زيد : لا رد به ، ولا يكون ما كتبه الموثق
دليلاً على اشتراطه ؛ لأن الموثق جرت العادة بأنه يلفق الكلام ويجمله ،
ويذكر فيه ما ليس بمشروط . وقال الباجي : له الرد ؛ لأن العادة أن الموثق
لا يكتب الصحيحة إلا إذا اشترطت الصحة . وكلام المتيطى يدل على أن الراجح
عدم الرد ؛ لأنه ظاهر المدونة ، وبه صدرت الفتوى ؛ فإن كتب الموثق :
تزوج فلان فلانة سليمة البدن ، فانفق ابن أبي زيد والباجي على أن ما كتب
شرط ، فله الرد إن وجدها غير سليمة . والفرق : أن كلمة صحيحة جرت عادة
الموثقين بتلفيقها دون اشتراطها ، أما « سليمة » فلم تجر عادتهم بتلفيقها .

(١) الدسوقي على الفروع الكبير ج ٢ ص ٢٨٠ (٨١) .

الغرر الشديد يثبت به الخيار

فاذا لم يشترط السلامة من العيوب عدا ما نص عليه من عيب الجذام ،
والبرص ، والجنون من العيوب المشتركة بين الرجال والنساء فلا رد بخلاف
الأمر المظنون : كما إذا تزوج امرأة من قوم ذوى شمر فظنهم مثلهم ، فتخلف
ظنه . بأن وجدها قرعاً . واستثنى من ذلك حالة حصل فيها عرر شديد للزوج
أو الزوجة بأن زوجها على أنها حرة فوجدها أمة ، أو تزوجته على أنه حر
فوجده عبيداً ، أو تزوج امرأة ادعت أنها مسلمة فاذا هي نصرانية .

الثبوت عيب ترد به إن شرط أنها عذراء

ولا ترد الزوجة لأنها وجدت ثيباً ، سواء كانت الثبوتية بنكاح ، أو لا ،
إلا إذا شرط أنها عذراء . فلما تزوجها وجدها ثيباً ، فله حينئذ الخيار : لأن
العذراء هي التي لم تزل بكارتها .

اشتراط كونها بكرأ

أما إذا اشترط كونها بكرأ^(١) - فوجدها ثيباً بغير نسكاح ، وعدوه .
فهل له خيار الرد وفسخ النسكاح ، قال الشيخ خليل : تردد . أى أنه يوجد
رأى يقول بثبوت الخيار للزوج ورأى يقول بعدم ثبوته . وقال العلامة
الدسوقي إنه لو وجدها ثيباً بنكاح فترد قهراً واحداً ، كما نقله ابن عرفة عن
الخطيب وابن فتحون . ثم قال معلقاً على قول الشيخ خليل (قوله : تردد)
الأول لابن العطار مع بعض المؤثرين بناء على أن البكر مرادفة للعذراء ،

(١) البكر عند الفقهاء هي التي لم توطأ بمقد صحيح ، أو فاسد جار مجرى الصحيح . وأما العذراء
فهي التي لم تزل بكارتها . فلو أزيلت بكارتها بزنا ، أو وثبة ، أو بنكاح لا يبرأ عليه
فهي بكر ؟ فالبكر أهم من العذراء - وقيل : البكر مرادفة للعذراء فهي التي لم تزل بكارتها
أسلاً . وعلى ذلك الخلاف وقع التردد .

دأبها التي لم تزل بكارتها أصلاً . والثاني لأبي بكر بن عبد الرحمن ، ومنه
بعض الموثقين ، بناء على أن البكر هي التي لم تزل بكارتها بنكاح صحيح
أو فاسد جار مجراه .

العرف له تأثير

وقال صاحب الشرح الكبير : ومحل الخلاف في التفريق بين العذراء
والبكر ، وتأثير ذلك على ثبوت الخيار وعدم ثبوته ، ما لم يجز عرف بمساواة
البكر للعذراء ، كما هو عندنا بمصر . وما لم يعلم وليها بثبوتها عند شرط الزوج
أو وكيله وإلا بأن كان أبوها ، أو وكيله يعلم بثبوتها ويكتسب عن الزوج ، وإذا
جرى العرف بمساواة البكر للعذراء فله الرد قطعاً . وقال العلامة الدسوقي : فإن
ادعت أنها بكر وادعى حر عدمها ، فالقول لها في وجودها ، ولا ينظر لها النساء
جبراً عليها ، فإن مكنت من نفسها امرأتين ، فشهدتا بثبوتها كان القول بول
دونها ، وإن شهدتا بكارتها كان القول قولها دونه ^(١) .

يؤجل المعترض سنة قرية لعلاجه

يؤجل المعترض ، الثابت لزوجته عليه خيار ، لأنه لم يسبق له وطء ، سنة قرية ؛
لعلاجه إن كان حراً ، ونصف سنة إن كان عبداً هذا هو مذهب المدونة ومالك .
رأى آخر بالمساواة في الأجل :

وقيل : يؤجل العبد سنة كالحر ، واستظهره ^(٢) ومال إليه غير واحد
ونسب لمالك أيضاً . ومبدأ السنة من يوم الحكم حال كونه واقفاً بعد الصحة -
لامن يوم رفع الدعوى إلى الحاكم فإن لم يترافقا ، وترافيا على التأجيل
فيبدأ الأجل من يوم التراضي . فإن مرض بعد الحكم بالتأجيل ، واستغرق
مرضه جميع السنة أو بعضها . فيرى ابن القاسم عدم الزيادة على السنة ، وإن
لم يقدر على التداوى فيها ، وقال أصبغ : إن استغرق المرض السنة ، وبعده

(١) الدسوقي على المرح الكبير ج ٧ ص ٢٨١ ومنع الجليل ج ٣ ص ٨٤ ، ٨٥ .

(٢) المعترض بفتح الراء . اسم مفعول أى الشخص الذى اعترضه المانع فنه من الوطء إذا أُمِلَ
عنده ، ولأنه يكون لمارض يمرض كسحر ، أو خوف ، أو مرض .

من التداوى فيها ، فتستأنف سنة أخرى وقال ابن رشد : إن مرض فيها مرضاً شديداً منعه من التداوى زيد عليها بقدره ^(١) .

إذا انتهى الأجل

وإذا انتهت السنة المقدرة للزوج الحر أو نطف السنة المقدرة لغير الحر ، وكان الزوج خلاها قد ادعى أنه وطى زوجته صدق بيمينه ؛ فإن ادعى الوطء بعدها فلا يصدق . وإن ادعى بعد انتهاء الأجل أنه قد وطى زوجته أثناء السنة (الأجل) فالظاهر من كلام الشيخ خليل أنه لا يصدق ؛ لأنه منهم بأن ادعائه هذا المقصود منه إسقاط حقها في الفراق ، وفي ابن هرون ما يفيد تصديقه في دعواه بعد انتهاء السنة أنه وطئها فيها ، فإن نكل المعترض عن اليمين على وطئه فيها حلفت الزوجة أنه لم يطأها فيها ، وفرق بينهما قبيل تمام الأجل ، قاله في المدونة : لتصديقها على عدمه بنكوله فسقط حقه في الأجل ، وفي الموازية : يبقى تمام الأجل ثم يطلب باليمين فإن نكل فرق بينهما ، فإن لم تحلف الزوجة على أنه لم يطأها في أثناء السنة التي منحها المعترض أجلا ، بقيت زوجة ولا كلام لها ؛ لتصديقه على وطئها بنكولها أما إذا لم يدع الزوج الوطء في السنة بأن أقر بعدمه ، أو سكت . فعلى الزوج أن يطلق زوجته إن شئت الزوجة الطلاق ، فإن امتنع من طلاقها في المذهب قولان :

الأول : أن القاضي يطلقها على زوجها .

والثاني : أن القاضي يأمر الزوجة بأن تطاق نفسها بأن تقول : أنت طالق ، أو طلقتك ، أو طلقك نفسي منك ، أو أنا طالق منك ، ثم يحكم الحاكم بوقوع الطلاق ؛ ليرفع الخلاف فيه . على أن الأمر الحاكم بطلاقها نفسها ليس حكما .

صفة الطلاق

والطلاق الواقع في هذه الحالة (بسبب العيب) طلاق بائن .

(١) منع الجليل ج ٣ ص ٨٥ . والاسواق على الفرح الكبير ج ٢ ص ٢٨١ .

إقامة الزوجة مع زوجها بعد انتهاء الأجل

لو قبلت الزوجة بعد انتهاء الأجل أن تقيم مع زوجها لأجل آخر لا يسقط حقها في الخيار، فلها فراق زوجها المعترض بطلاقها منه بلا ضرب أجل ثان وبلا رفع إلى الحاكم . ولو رضيت أن تقيم معه أبداً ، أو أطلقت ، فليس لها فراقه بعده .

الرتقاء^(١)

وتؤجل المرأة الرتقاء ، ومثلها من ذوات داء الفرج إلى أجل يحدد باجتهاد العارفين لاستعمال الدواء . وبعضهم حدد الأجل بشهرين . وممن الدواء عليها لا على زوجها . ولا تجبر الرتقاء على النداءى إن امتنعت منه إذا كان الرتق خلققة ؛ لشدة تألمها به ، سواء كان يحصل به عيب في الإصابة أو لا . وإن أرادته وأباه الزوج فإن كان لا يحصل به عيب فيها جبر عليه .

المحجوب والمحصى بمعرفة الحقيقة

وإن ادعت زوجة على زوجها أنه محجوب أو خصى . أو عنين ، وأنكر مس بظهر اليد على ثوب منكر الجب ، والخصاء . والعنة ، ولا ينظره الشهود . وقال الباجي : ينظرونه ؛ لاستواء النظر ، والجس في المتع ، والنظر يحصل به العلم القوى . وأجيب بأنفة الجس مع حصول العلم به .

المعترض يصدق في نفي الاعتراض

إذا ادعت المرأة على زوجها الاعتراض وأنكره ، صدق في نفي الاعتراض ، كما تصدق المرأة في نفي داء فرجها من إفشاء ونحوه ، أو جذام ، أو برص يمينها ولها رد اليمين على الزوج كما تصدق في ادعائها يمينها من أن المرض حدث

(١) الرتقاء أى المدود مسلك جامعا .

بعد العقد فلا خيار بسببه . هذا إذا كان بعد البناء بها . أما قبله فالقول له ...
قوله ابن رشد مقيداً به إطلاق المدونة .

للرأة لا تجبر على الكشف الطبي عليها

والعيوب التي يدعى الزوج أنها بفرج زوجته لا تجبر الزوجة على أن
ينظر هذه العيوب التي بفرجها النساء ، فإن رضيت فلن ينظر . وهناك
قول منسوب لسحنون يجوز نظر النساء إلى هذه العيوب جبراً على المرأة .
قال البناي : الذي تلقينته من بعض شيوخنا المفتين أن العمل جرى بفاس
بقول سحنون .

للزوج الرد إن كتم الأب ثيوئها

المشهور في المذهب أن الزوج لو وجد زوجته ثيباً بلا وطء بنكاح ، بأن
كان بوثبة ، أو تكرر حيض . أو نحوهما وكان أبو الزوجة يعلم بذلك حين
العقد وكتمه عن الزوج ، فللزوج رد الزوجة على الأصح ، وبهذا قال أصبغ
وصوبه ابن القصار وقال أشهب : لا رد له . قال صاحب منيع الجليل : فعلم
من كلام المصنف هنا ، وفيما مر ، أن الزوج إذا وجد زوجته ثيباً فله
خمسة أحوال :

- الأول — ألا يكون هناك شرط ، فلا رده مطلقاً .
- الثاني — إذا شرط أنها عذراء ، فله ردها مطلقاً .
- الثالث — إذا شرط بكارتها ، فوجدها ثيباً بغير نكاح ، ولم يعلمها الأب .
ففيها تردد .

الرابع — شرطه بكارتها ، فيجدها ثيباً بلا نكاح ، وعلمها الأب ، وكتمه ،
فله ردها على الأصح .

الخامس — شرطه بكارتها فيجدها ثيباً بنكاح وسواء علمها الأب
أو لا ، فله ردها^(١) .

(١) منيع الجليل لعمره : - خليل ج ٢ ص ١٩ .

المذهب الشافعى

التطبيق بسبب العيوب

قسم الشافعية العيوب كما قسمها المالكية إلى ثلاثة أنواع :

- ١ - عيوب خاصة بالرجل .
- ٢ - عيوب خاصة بالمرأة .
- ٣ - عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة .

العيوب المشتركة

قال الشافعية بثبوت الخيار، لكل من الزوجين، إذا وجد بالآخر عيباً من العيوب الآتية :

١ - الجنون

عرف الشافعية الجنون بأنه زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة فى الأعضاء . وقسموه إلى جنون تام وجنون منقطع . وأثبتوا الخيار لكل من الزوجين إذا وجد بالآخر جنوناً كاملاً أو منقطعاً، ولو كان قابلاً للشفاء . واستثنى المتولى من الجنون المنقطع الجنون الخفيف الذى يطرأ فى بعض الزمان .

الخيار بسبب الإغماء

ولاخيار بسبب طرؤ الإغماء ، فإنه كسائر الأمراض الأخرى التى لا خيار بسببها . ومحلها كما قال الزركشى الإغماء الذى تحصل منه الإفاقة كما هو الغالب . أما المتوس من زواله فكالجنون ، كما ذكره المتولى . وكذا إن بقى الإغماء بعد المرض فيثبت به الخيار كالجنون وألحق الشافعى رضى الله عنه الخبل بالجنون . أما الصرع فهو من الجنون .

٢ ، ٣ - الجذام ، والبرص

ويثبت بهما الخيار إذا كانا مستحكمين بخلاف غيرهما ، من أوائل الجذام والبرص فلا يثبت بهما الخيار ، كما صرح به الجوينى . والاستحكام فى الجذام

يكون بالنقطع . وقيل يرجع إلى أهل الخبرة في ذلك وهم الأطباء^(١)

العيوب الخاصة بالزوجة وترد بسببها

والعيوب التي ترد بسببها الزوجة وهي خاصة بها هي :

الرتق ، والقرن بأن انسد محل الجماع من المرأة برتق أصيبت به . وهو لحم يسد فرجها . ويسمى رتقا ، أو عظام ، ويسمى قرنا . وقيل الرتق والقرن نوع واحد . وليس للزوج إجبار الرتقاء على شق الموضع ، فإن شقته ، وأمكن الوطء ، فلا خيار .

العيوب الخاصة بالرجل وللرأة فسخ النكاح بسببها

العنة - وهو عجز عن الوطء في القبل خاصة ، قيل : سمي عتينا ؛ لأن ذكره وانعطافه . مأخوذ من عنان الدابة : لئنه .

الجب - والمجبوب هو مقطوع الذكر جميعه أو الذي قطع معظم ذكره ولم يبق منه قدر الحشفة . أما إذا بقي منه قدرها فلا خيار لها

زوال العيب قبل الفسخ

ولو زال العيب قبل فسخ العقد . فالأصح أنه لا خيار . وكذا لو علم بالعيب بعد الموت .

العلم بالعيب قبل العقد لا يسقط الخيار في كل الحالات

قال صاحب المغنى : ففيه أنه لو علم أحدهما بعيب في صاحبه قبل العقد ليس على إطلاقه ، بل لو علمت بعنته قبل العقد فلها الخيار بعده على المذهب ؛ لأن العنة تحصل في حق امرأة دون أخرى^(٢) ، وفي نكاح دون نكاح^(٣) .

(١) منى المحتاج لمعرفة مناهي أحكام النكاح ج ٣ ص ٢٢٢ .

(٢) منى المحتاج لمعرفة مناهي أحكام النكاح ج ٣ ص ٢٤٤ .

وجود عيب في كل منهما لا يسقط الخيار

وقال أيضاً صاحب المغنى : « ولا فرق في ثبوت الخيار فيما ذكر بين أن يحد أحد الزوجين بالآخر مثل ما به من العيب أولاً - وقيل : إن وجد به مثل عيبه من الجذام ، أو البرص ؛ قدراً ولحشاً ، فلا خيار له ؛ لتساويهما . واحتج للرأى الأول : بأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه .

العيوب التي تحدث بالزوج بعد العقد

ولو حدث بالزوج بعد العقد عيب ، كان جب ذكره ، تخيرت زوجته قبل الدخول جزماً ، وبعد الدخول على الأصح : لحصول الضرر به كالعيب المقارن لحصول العقد ، مع أنه لا خلاص لها إلا بالفسخ بخلاف الرجل . واستثنى من العيوب : العنة التي تحدث بعد العقد والدخول ، لحصول مقصود النكاح من المهر ، وثبوت الحضنة . وقد عرفت قدرته على الوطء . ووصلت إلى حقها منه . فإن قيل : الجب كذلك . أجب بأن الجب حصل به اليأس بخلاف العنة .

العيوب الحادثة للزوجة بعد العقد

أثبت الشافعية في الجديد للرجل حق الخيار فيما لو حدث بالزوجة عيب بعد العقد ، سواء في ذلك قبل دخوله أو بعده ، كما لو حدث به . وفي القديم : لا ؛ لتمكنه من الخلاص بالطلاق بخلافه . وقد علل للرأى الجديد بأنه وإن كان يمكنه طلاقها لكنه يتضرر بوجوب نصف المهر عليه ، أو كله ، فيما لو طلقها بخلاف الفسخ ، فإنه يسقط المهر قبل الدخول . قال ابن الرقعة : ولا يبعد ، على الجديد ، أن يكون حدوث الرق ، والقرن بعد ، الوطء كحدوث الجب في الخلاف^(١) .

(١) منى المحتاج لمرة مائة أقطار النهاج ج ٣ ص ٢٠٤

حق الولي في خيار الفسخ

لا خيار لولي الزوجة بسبب عيب يحدث بالزوج بعد العقد ؛ إذ لا حار عليه في العرف بخلافه في الابتداء . وكذا إذا قارن الجب ، أو العنة عقد الزواج لاختصاصهما بالضرر ولا عار عليه .

الجنون والجذام والبرص

وإذا أصيب الزوج بجنون أو جذام أو برص مقارن للعقد ورضيت الزوجة به ، فللولي حق الفسخ لتغيره بذلك ؛ ولخوف العدوى من الجذام أو البرص .

لا بد من الخيار فوراً

وخيار الفسخ بهذه العيوب إذا ثبت يكون على الفور ؛ لأنه خيار عيب ، فكان على الفور . ويجب أن ترفع الدعوى فور العلم بهذه العيوب .

لا بد من حكم الحاكم

قال الشافعية : يشترط في الفسخ بعيب العنة رفع الأمر إلى حاكم ليقتضى في الأمر حسب التفصيل الذي سيأتي بعد . وهذا باتفاق فقهاء المذهب . أما سائر العيوب الأخرى ، فالأصح أنه لا بد من رفع الأمر إلى حاكم ، فأشبه الفسخ بالإعسار . وقيل لا يشترط رفع الأمر للحاكم ، بل لكل منهما الأفراد بالفسخ كالد بالعب . وتأميراً على ما ذكر أنهما لو تراضيا بالفسخ مما يجوز الفسخ به لم يصح . وبه صرح في المحرر .

كيفية ثبوت العنة

ثبتت العنة بالآتي :

أولاً : إقرار الزوج بأنه عتین ، وذلك عند الحاكم ، كغيرها من الحقوق ثانياً : أن تقيم الزوجة بينة تشهد عند الحاكم أن الزوج قد أقر بأنه عتین . ولا يتصور ثبوت العنة بالينة ؛ لأنه لا مطلع للشهود عليها . ويؤخذ من هذا أن دعوى امرأة " العنة عليهما لا تسمع لسقوط قولها .

ثالثاً : يمين الزوجة بعد نكول الزوج عن اليمين في الأصح . وذلك بعد إنسكاره العنة . وإنما جازها الحلف ؛ لأنها تعرف ذلك بالقرائن والممارسة .

التأجيل سنة للعنين

وإذا ثبتت العنة أمام القاضي ضرب للزوج سنة ، كما فعله عمر رضي الله تعالى عنه ، رواه الشافعي رضي الله عنه والبيهقي وغيرهما . وقال في النهاية . أجمع المسلمون على اتباع قضاء عمر رضي الله عنه في قاعدة الباب والتأجيل سنة : لأنها تشمل الفصول الأربعة فقد تعذر الجماع ، وقد يكون لعارض حرارة فتزول في الشتاء . أو برودة فتزول في الصيف . أو ييوسة فتزول في الربيع ، أو رطوبة فتزول في الخريف : فإذا مضت السنة ولا إصابة علينا أنه عجز خلقي ولا تحسب السنة التي مرضتها كلها أو حبست فيها كلها ، لأن عدم الروطه كان بسببها هي - ولو حبست بعض السنة ، أو مرضت بعضها : قال الشيخان : القياس استئناف سنة أخرى أو تنتظر مضي مثل ذلك الفاصل من السنة الأخرى . أما حبسه ، ومرضه فلا يمنعان حسابان المدة .

مبدأ المدة من وقت الحكم بالتأجيل

وتبدأ مدة السنة من وقت ضرب القاضي الأجل ، لا من وقت ثبوت العنة : لأنها مجتهد فيها . وتعتبر السنة بالآهلة : فإذا كان ابتداءها في أثناء الشهركمل من الشهر الثالث عشر ثلاثون يوماً .

لا فرق في مدة السنة بين الحر والعبد

والظاهر من كلام فقهاء الشافعية أنه لا فرق بين الحر والعبد في مدة السنة ولا فرق ، كذلك : فيها ، بين المسلم وغيره ، ولا بين أن يقول مارست نفسي وأنا عنين فلا تضربولي مدة أو لا : لأن ذلك شرع لأمر جبلي فأشبهه الحيض أو الرضاع ، فلا يختلفون في كون المدة سنة^(١) .

(١) معنى المحتاج لمرة ساقى ألفاظ المتأجل ج ٣ ص ٦ ٢٠٧٠٢

لا بد من طلب الزوجة

وتضرب المدة بطلب الزوجة ؛ لأن الحق لها ويكفي قولها : أنا طالبة بموجب الشرع ، وإن جملت بتفصيل الحكم . فإن سكنت لم تضرب وللقاضى أن ينهبها إلى ذلك إن علم أن سكوتها عن سهو أو دهشة أو غفلة . وليس لولى الزوجة أن ينوب عنها فى طلب الفسخ بل لابد من طلبها هى .

بعد انتهاء السنة

إذا انتهت السنة فعلى الزوجة أن ترفع الأمر ثانياً ، وعلى الفور ، إلى القضاء ، فإن قال الزوج : وطئت صدق يمينته ؛ لتعذر إقامة البينة على الجماع . فيصدق يمينته ؛ لأن الأصل السلامة ، ودوام النكاح . هذا إذا كانت الزوجة ثيباً . أما البكر فإذا شهد أربع نسوة ببكرتها فالقول قولها للظاهر . وهل تحلف أولاً ؟ فيه وجهان . والراجح : أنها لا تحلف ، كما قاله الأسنوى وغيره . ونقله الأذرعى وغيره عن نصر الأم . وعليه قال ابن الرفعة : ظاهر النص أنها لا تحلف إلا أن يطلب الزوج يمينها . ورجح ابن المقرئ أنها تحلف ، فإن ادعى الزوج عودة البكارة بأن قال بعد شهادتين ، أصبتها ولم أبالغ ، فعادت بكرتها ، وطلب يمينها حلفت أنه لم يصبها .

نكول الزوج عن اليمين وأذن القاضى بالفسخ

فإن نكل الزوج عن اليمين ، حلفت هى أنه لم يطأها . فإن حلفت على ذلك أو أقر هو بذلك استقلت هى بالفسخ ، كما يستقل بالفسخ من وجد بالبيع عيباً لكن إنما تفسخ بعد قول القاضى لها : ثبتت العنة ، أو ثبت حق الفسخ ، فاختار على الأصح . وقال الأزرعى : قول القاضى للزوجة إن العنة ثبتت ليس شرطاً ، بل المراد إعلامها بدخول وقت الفسخ حتى لو بادرت وفسخت قبله نفذ فسخها . وقبل يحتاج إلى إذن القاضى لها بالفسخ ، أو إلى فسخه ؛ لأنه محل نظر واجتهاد فيتعاطاه بنفسه ، أو بأذن فيه .

توجيه الرأي القائل بعدم اشتراط إذن القاضى :

وقد وجه أصحاب الرأي القائل بأن للزوجة أن تستقل بفسخ العقد إذا ثبتت عنة الزوج رأيهم هذا فقالوا: إن خيار العنة خصلة واحدة، وخيارها على الفور. وضرب القاضى المدة ، والنيوت بعدها ، إنما شرعا لتحقيق السبب المقتضى للفسخ على الفور، فإذا تحقق السبب استقلت بالفسخ لئلا يخرج عن الفورية، بخلاف حالة الإعسار فى النفقة ، فإن الخيار فى الإعسار على التراخى ، ولذا لورضيت المرأة بإعساره كان لها الفسخ بعد ذلك .

رضاء الزوجة بالغيب بعد انتهاء المدة يسقط خيارها :

ولو رضيت الزوجة بعد انقضاء المدة جميعها (السنة) بأن تقيم مع زوجها بطل حقها فى الفسخ، كما فى سائر العيوب؛ فإن قيل: الإيلاء، والإتسار، بالنفقة والإجارة إذا تهدمت الدار لها الفسخ فى ذلك وإن رضيت فعلا كان هناك كذلك! اجيب بأن ضرر هذه الأمور يتجدد . والعنة عيب واحد، إذا تحقق ، لا تتوقع إزالته .

رضاء الزوجة بالبقاء مع الزوج أثناء المدة :

أما فى أثناء السنة المضروبة أجلا للعتين إذا رضيت الزوجة بأن تقيم مع زوجها ، أو إذا رضيت بالبقاء معه قبل ضرب الأجل فإن حقها فى الفسخ للعتة لا يبطل . ولها الفسخ بعد المدة ؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها قبل ثبوته فلم يسقط كالغفو عن الشفعة قبل البيع .

إذا أعطت المرأة زوجها أجلا آخر :

المشهور فى المذهب أنه يبطل حق الزوجة فى فسخ عقدتها إذا أعطت زوجها أجلا زائدا على الأجل الذى ضربه له القاضى وهو سنة . ولو كان الأجل الذى منحته له شهراً واحداً؛ لأنه على الفور، والتأجيل مفقوت له^(١).

(١) معنى المحتاج الى معرفة معنى ألقاظ التمايز ج ٣ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧

رأى آخر

في المذهب رأى آخر هو : أنه لا يبطل حق الزوجة إذا أهملت زوجها مدة أخرى مهما كانت بعد انتهاء المدة التي ضربها له القاضى وهى (سنة) ؛ لأنها أحسنت بالتأجيل ، فلا يلزمها ، ولها الفسخ متى شاءت .

الفسخ بسبب مخالفة شرط في العقد

إذا شرط في العقد شرط لصالح أحد الزوجين ، وكان الشرط مما لا يمنع عدمه صحة النكاح ، كاشتراط صفة من صفات الكمال ، كبكارة ، وشباب ، أو النقص ، كعقد ذلك ، أو لا ولا ، كطول ، وبياض ، وسمرة ، ثم ظهر خلاف ما اشترط ، فالأظهر صحة النكاح ؛ لأن الخلف في الشرط لا يوجب فساد البيع ، مع تأثره بالشروط الفاسدة ؛ فالنكاح أولى . ثم إن بان الموصوف بالشرط خيرا بما شرط كشرط كونها كتائية فبان أنها مسلمة ، أو أمة فبان أنها حرة ، فلا خيار في ذلك ؛ لأنه أفضل مما شرط ، وإن بان دونه فله الخيار كان شرط كونها حرة فبان أمة .

الرأى الثانى عدم صحة النكاح

والرأى الثانى أنه متى تخلف الشرط الذى اشترط أثناء العقد فلا يصح النكاح ؛ لأن النكاح يعتمد الصفات ، فتبدلها كتبدل العين .

تفصيله

١ - ما تقدم في الشرط الذى يذكر أثناء العقد . أما إذا كان الشرط قبل العقد ، فإنه لا اعتبار به في الخيار .

٢ - إذا ظهر أن نسب الزوج أو الزوجة خلاف ما شرط فلن اشترط وخلف شرطه الخيار . لكن إذا ساوى الزوج الزوجة في النسب أو زاد عليها فلا خيار لها ، وإن كان دون الشروط . ومثل ذلك العفة ، والحرية ، إذا شرطت في العقد

الفسخ بسبب خلف الظن

لا خيار بسبب خلف الظن ما دام لم يكن هناك شرط لم يتحقق إلا في مسائل مستثناة وتفصيل ذلك فيما يلي :

لو تزوج امرأة ظنها مسلمة ، أو حرة ، فبانت كنانية ، أو أمة ، وهي تحمل له ، فلا خيار له ، فيهما ، في الأظهر ؛ لأن الظن لا يثبت الخيار ؛ لتقصير صاحبه بترك البحث ، أو الشرط ... كما لو ظن العبد المبيع كاتباً ، فلم يكن .

الرأى الثانى

وقبل يثبت الخيار ؛ لأن ظاهر الدار الإسلام والحرية . فإذا خلف ذلك ثبت الخيار .

تزوجت من ظنت أنه كف . لها

لو أذنت المرأة لوليها في تزويجها بمن ظنته كفتاً لها فبان فسقه ، أو دناءة نسبه وحرقة ، فلا خيار لها ولا لوليها ؛ لأن التقصير منها ومنه ، حيث لم يبحثا عن الزوج قبل العقد ولم يشرطا الكفاة في العقد . لكن لو بان أن الزوج معيب ، أو بان عبداً ، وهي حرة ، وأذن له سيده في النكاح فلمها الخيار في المسألتين (١) .

المذهب الحنبلى

التطليق بسبب العيب

قسم الحنابلة ، كما قسم المالكية والشافعية ، عيوب النكاح المثبتة للخيار إلى ثلاثة أقسام : [أحداها ما يختص بالرجال ، وثانيتها ما يختص بالنساء ، وثالثها ما يشترك فيه الرجال والنساء . وتفصيل ذلك فيما يلي :

عيوب الرجال خاصة :

الجب

إذا وجدت الزوجة زوجها مجبوا : أى مقطوع الذكر ، لم يبق منه ما يضا به ، أو أشل ، فلها الفسخ في الحال ؛ فإن أمكن وطؤه بالباقي فادعى الوطء وأنكرته ، قبل قولها مع يمينها .

العنين

وإن ظهر أن الزوج عنين لا يمكنه الوطء أجل سنة هلالية سواء كان حراً أو عبداً ولا تعتبر عنته إلا بعد بلوغه . وتبدأ السنة من يوم الترافع إلى الحاكم . ولا بد أن يكون الإمهال بمعرفة الحاكم . ولا تعتبر من السنة المدة التي اعتزلته فيها . لكنه لو عزل نفسه أو سافر ، حسب عليه ، فإن وطئها فيها فلا خیار لها ، وإلا فلها الفسخ .

ثبوت العنة

ثبتت العنة بإقرار الزوج بها عند الحاكم ، أو بأن تقيم الزوجة بينة تشهد عند الحاكم أنه أقر بأنه عنين . كما تثبت بنكوله عن اليمين إذا وجه له ، وذلك حينما يدعى الوطء وتنكره الزوجة . أما إذا أنكر الزوج ولم تكن له بينة ، ولم يدع وطأ ، حلف ، فإن نكل أجل سنة ، فإن اعترفت بأنه وطئها في فترة التأجيل ، ولو في مدة حيض ، أو إحرام ، أو وهي صائمة ، بطل كونه عنينا .

علمها بالمرض يسقط خيارها

لو قال الزوج إن امرأتي قد علمت أني عنين من قبل أنكنحما ، فإن أقرت بذلك ، أو ثبت بيئته فلا يؤجل ، وهي امرأته . وإن علمت أنه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد ، فلها ذلك ، ويؤجل سنة من يوم ترافعه .

رضاهما بالعنين يسقط خيارها

وإن قالت الزوجة في وقت من الأوقات رضيت به عنينا لم يكن لها المطالبة بعد فسخ النكاح .

ادعى وطء البكر

ولو ادعى الزوج المدعى عليه بأن به عنة: أنه وطء زوجته البكر، فشهدت بأنها عذراء، امرأة ثقة، أجل سنة، والأحوط شهادة امرأتين وإن لم يشهد بأنها عذراء أحد، فالقول قوله. وعليها اليمين إن قال زوجها أزلتها وعادت لاحتمال صدقه. وإن شهد بزوال بكارتها أحد لم يؤجل. وعليه اليمين إن قالت زالت بغيره.

ادعى الوطء وكانت ثيبا

وإن كانت الزوجة ثيبا وادعى وطأها بعد ثبوت عنته، وأنكرته. فالقول قولها. ولو ادعى الوطء ابتداء مع إنكار العنة، وأنكرت الوطء. والقول قوله مع يمينه، فإن نكل قضى عليه بنكوله.

لا تزول العنة بادعاء الوطء في الدبر

ولو ادعى أنه وطء زوجته في دبرها فلا يسقط خيارها؛ لأن الدبر ليس محلا للوطء. ولذلك فالوطء فيه لا يتعلق به إحصان، ولا إحلال لمطلقها ثلاثا.

المجنون العنين

والمجنون إذا أصابته عنة يؤجل سنة أسوة بالعقلاء؛ لأن مشروعية التسخير لدفع الضرر الحاصل بالعجز عند الوطء ويستوى فيه المجنون وغيره، فإن لم تثبت عنته لم تضرب له مدة^(١) والقول قول الزوجة هنا في عدم الوطء ولو كانت ثيبا.

العجز عن الوطء لعارض يزول

وإن علم أن عجزه عن الوطء لعارض يزول كصفر، أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له مدة.

(١) انتهى الأبرار إلى اليهودي ج ٣ ص ٥٠ والاتاح ج ٢ ص ١٩٨

النسخ بسبب العيوب المشتركة

الإغماء والجنون

إن زال العقل بمرض، فيسمى ذلك إغماء، فإن زال المرض ودام زوال العقل فجنون. ولا خيار بسبب الإغماء. أما الجنون فوجب للخيار، وإن كان جنونا متقطعا.

الجذام والبرص والبخر

وإذا وجد جذام بأحد الزوجين فلا خير خيار النسخ. وكذلك البخر (وهو نتن بهم) يثبت به خيار للزوج الآخر.

اللجوء لأهل الخبرة

وإذا حصل خلاف في بياض بالجسد هل هو بهاق أو برص، أو في علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين هل هو جذام أم لا، يرجع إلى أهل الخبر، في معرفة ذلك، فإن شهد للبدعي بما قال ثبت ما ادعاه. وإلا حلف المنكر، والقول قوله.

بقية العيوب المشتركة

كما يفسخ العقد بواحد من العيوب الآتية:

استطلاق بول - واستطلاق نحر (أى غائط) - والإصابة بياسور، وناصور بالمقعدة، وبقرع رأس إذا كان له ربح منكرة، فإن لم يكن له ربح فلا فسخ به.

الخنوثة

إذا ظهر أن أحد الزوجين خنثى غير مشكل فيفسخ النكاح في الحال أما المشكل فلا يصح نكاحه.

العيوب الحادثة بعد العقد

وحدوث هذه العيوب قبل العقد أو مقارنا له أو طارئة بعده يثبت بها الخيار . وكذلك لو كان من يتمسك بالخيار معيبا بمثل العيب الذى يسببه يفسخ العقد أو مغايرا له ؛ لأن الإنسان قد يألف من غيره ، ولا يألف من عيب نفسه .

لا يفسخ بغير العيوب المذكورة :

والعيوب السابق ذكرها هي على سبيل المحصر لا على سبيل المثال فلا يفسخ بغيرها . ولذلك لا يفسخ للنكاح بسبب العرج ، أو العور ، أو قطع اليد أو الرجل ، أو العمى ، أو الخرس ، أو الطرش ، أو القرع الذى لا يرجح له ، أو العقم ، أو النحافة أو السمن ؛ لأن كل ذلك لا يمنع الاستمتاع ، ولا يخشى تعديده (١) .

شروط صحة الفسخ

١ - أن يكون العيب موجودا وقت الفسخ ، فإذا زال بعد العقد ، وقبل الفسخ ، سقط الخيار .

٢ - ألا يكون قد علم بالعيوب وقت العقد لدخوله على بصيرة .

٣ - ألا يوجد ما يدل على الرضا بالعيوب بعد العلم به من قول صريح أو وطء ، أو تمكين ، فإن ادعى الجهل بالخيار ومثله بجهله فالأظهر ثبوت الفسخ وقيل يسقط الخيار بالجهل بملك الفسخ بسبب العيب .

٤ - أن يحكم بالفسخ حاكم أو يرد الحاكم الفسخ إلى من له الخيار فيفسخ النكاح ؛ لأنه فسخ مجتهد فيه ، فأشبهه الفسخ بالإعسار بالنفقة .

٣ - العيوب الخاصة بالنساء

يثبت الخيار بوجود عيب بالزوجة من عيوب النساء الآتية :

١ - الرق . وهو كون الفرج مسدودا ملتصقا لا ممتلك للذكر فيه .

٢ - القرن والعقل : وهو لحم يحدث فى الفرج يسده وقيل : القرن عظم

أو غدة تمنع ولوج الذكر وقيل: العفل رغبة تمنع لذة الوطء ، وقيل: شيء يخرج من الفرج شبيه بالأدرة التي للرجال في الحقيقة . وعلى كلا القولين ثبت به الخيار .

بطلان الفسخ

ومنى ظهر ألا عيب ، وقد كان النكاح قد فسخ بسبب العيب ، بطل الفسخ ، واستمر النكاح .

الفسخ بسبب فقدان الشروط

إذا شرط أحد الزوجين شرطا وظهر خلاف ما شرط : كان بشرط الزوج أن تكون زوجته جميلة ، أو بكرا أو نحوه ، فبانت خلافه ، فله الخيار . وكذا لو شرطته الزوجة أو شرط الزوج السلامة من كل عيب . فبانت معيبة .

الفسخ بسبب الفرر

ولو عقد الزوجان طائفا لها حرّة ، أو ظنت هي أنه حر ، فبان عبدا ، فالخيار للزوج في الحالة الأولى ، ولها الخيار في الحالة الثانية .

الفسخ بالعيب ليس طلاقا

والفسخ بسبب العيب لا يعد طلاقا ، بل هو فسخ للنكاح ، فلا ينقص به عدد الطلقات . ويصح الفسخ مع غيبة الزوج : كفسخ المشتري ببيعها مع غيبة بائعه^(١)

تليسه

لوزوج ولي الصغير ، أو الصغيرة ، أو المجنون ، أو المجنونة ، أو العبد ، أو الأمة ، زوجا معيبا بعيب يرد به العقد بغير رضا ، لم يصح النكاح إن علم بالعيب : لأنه عقد لهم عقد لا يجوز عقده ، كالموابع عقار المن في حجره لغير مصلحة . وإذا لم يكن الولي يعلم أنه معيب صح العقد وله الفسخ إذا علم العيب^(٢) .

(١) منتهى الإرادات للبهوتي ج ٣ ص ٥٢ - والأذاع ج ٣ ص ٢٠٠

(٢) وفي منتهى الإرادات ج ٣ ص ٥٣ : « وفي الإقناع تبعا للفتى والشرح الكبير ، وشرح ابن منجا ، وشرح الوجيز للزركشي ، وغيرهما ، يجب الفسخ على ولي غير المكلف ، والمكلفة ، وسيد الأمة »

المذهب الظاهري

التطليق بسبب العيب

لاطلاق بسبب العنة

لا يرى الظاهري جواز التطليق بسبب العنة؛ قال ابن حزم: ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها، سواء كان وطئها مرة أو مرارا، أو لم يطأها قط، فلا يجوز للحاكم ولا غيره، أن يفرق بينهما أصلا، ولا أن يؤجل له أجلا. وهي امرأته، إن شاء طلق وإن شاء أمسك.. وبعد أن ذكر ابن حزم الخلاف الواقع في هذا الموضوع وأدله قال: وبرهان صحة قولنا. هو أن كل نكاح صحيح بكلمة الله عز وجل وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حرم الله تعالى به بشرة الزوجة، وفرجها، على كل من سوى زوجها، فمن فرق بينهما بغير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله تعالى بقوله: (فيتعلمون منها ما يفرقون به بين المرء وزوجه) ونعوذ بالله من هذا وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولنا، كما روينا من طريق مسلم نا أبو الطاهر وحرمله بن يحيى، واللفظ له، قال: نا ابن وهب أخبرني يونس - هو ابن يزيد - عن الزهري عن عروة بن الزبير أن عائشة رضي الله تعالى عنها أخبرت أن رفاعة القرظي طلق امرأته فتزوجت بعده بمبتدع الرحمن بن الزبير فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: إنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وإنه والله مامعه إلا مثل الثوب، وأخذت هدية من جلبابها، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا، وقال: (١) لعلك تريد أن ترجعي إلى رفاعة، لا - حتى تذوق عسيلته، وذوق عسيلتك، وذكر الحديث، وقال ابن حزم شارحا دليله: فهذه تذكر أن زوجها لم يطأها، وإن إحليله كالحديبة، لا ينتشر، إليها وتشكو ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وتريد

(١) المحلى لأبن حزم ج ١٠ ص ٥٨ - ٥٩، ٦١، ٦٢ - أفة رقم ١٨٥٨.

مفارقة فلم يشكها. ولا أجل لها شيئاً، ولا فرق بينهما. وفي هذا كفاية لمن عقل^(١).

لا طلاق بسبب أى عيب :

وقال ابن حزم أيضاً لا يفسخ النكاح بعد صحته بمضام حادث ، ولا يبرص ولا يجنون كذلك ، ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب ولا بأن تجده هي كذلك ، ولا بعناته ، ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب .

لا تطليق للعجز عن النفقة أو لعدم الإنفاق :

ويرى الظاهرية إنه لا تطليق لعدم نفقة ، ولا لعدم كسوة ، ولا لعدم صداق ولا بانقضاء الأربع الأشهر في الإيلاء . ولا بزواج أمة على حرة ولا بزواج حرة على أمة . ولا زناً يحدث من أحدهما ولا بزناه بحرمنها كأماها أوجدتها ، أو بنتها ، أو بنت ابنها أو بنت ابنتها ، أو أختها أو عمتها ولا بزناها بابنته ، ولا بتفريق الحكامين ، ولا بتخييره إياها ، اختارات نفسها أو لم تختار ، ولا بأن يقول لها أنت على حرام . أو بقوله لزوجته : أنت على كالمينة والخزير ، والدم ، ولا بهيته إياها لأهلها ، قبلوها أو لم قبلوها ، ولا بمخروجها من أرض الحرب غير مسلمة ، ولا ببيع الأمة ذات الزوج ، ولا ببيع العبد ، ولا بفقد الزوج : لأنه لا يدرى أين هو . وهما في كل ذلك باقيان على الزوجية كما كانا^(٢).

النكاح بشرط السلامة من كل عيب

قال ابن حزم : فإن اشترطت السلامة في عقد النكاح فوجد عيباً أى عيب كان فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له في إجازته ، ولا صداق فيه ، ولا ميراث ، ولا نفقة ، دخل أو لم يدخل ؛ لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج ، ولأن السالمة غير المعيبة ، بلا شك ، فإذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما^(٣).

مناقشة ابن حزم آراء مخالفه

ورد ابن حزم أدلة مخالفه فقال : إن قول المتأخرين من أصحاب المذاهب الذين يميزون الخيار في النكاح بسبب العيوب مشبهين النكاح

بالبیوع ، وأن البیوع رد بالعیوب ، فوجب رد النکاح بذلك . قال : إن هذا قول لایسوغ التمیوه به الامن قال بقول أبی ثور والزهری وشریح (بقصد بذلك قول الزهری بجواز الرد بكل داء عضال وقول أبی ثور بجواز الرد بمثل العمی وغیره من العیوب)

المالکیة ترکوا القیاس ثم تمسکوا به :

وأما المالکیون والشافعیون فلا : لأنهم خصوا أربعة عیوب دون سائر العیوب . وهذا ترك للقیاس المذكور جملة

الرد علی من قال برأی أبی ثور :

ثم نقول لمن قال بمثل قول أبی ثور ، ماندری فی أد وجه يشبه النکاح البیوع بل هو خلافه جملة : لأن البیوع نقل ملك . ولبس فی النکاح ملك أصلا . والنکاح جائز بغير ذکر صداق فی عقدہ ولا يجوز البیوع بغير ذکر ثمن ، والخباز جائز عندهم فی البیوع مدة مسامة ، ولا يجوز فی النکاح ، والبیع بترك رؤية المبیع ، وترك وصفه باطل ، لا يجوز أصلا ، والنکاح بترك رؤية المنكوحه ، وترك وصفها جائز ، والنکاح عند المالکین جائز علی بیت وغادم ووصفاء غیر موصفین ، ولا يجوز ذلك فی البیوع فبطل تشبیہ النکاح بالبیوع جملة .

لا وجه لتخصیص عیب دون عیب :

وقال ابن حزم أيضا : وقال بعضهم : لا يجوز توفية حقوق النکاح مع الجنون أو لاتطیب النفس علی مجامعة برصاء أو مجذومة ، ولا یقدر علی جماع قرناء وإنما تزوجها للجماع ، فقانا ولا يجوز توفية حقوق النکاح مع الفسق ، والنشز وسوء الخلق . ومع البکم والصمم ومع ضعف العقل ، فردا منها ، فإن قالوا : قد یؤوب من الفسق ، قلنا : وقد یرآ من الجنون ، وأما طیب النفس علی الجماع فواقه إن نفس کل أحد لاتطیب علی من بها فی خافی جسدھا لمعة من برص ، ومن لمسها صرع فی الشهر مرة منها علی الزانیة ، وعلی المعجوز السوداء الشوهاة ،

وعلى من بها أكلة في وجهها، أو حذب في الصدر أو الظهر أو بكم هذا ما لا شك فيه عند أحد وكل هذه آراء فاسدة ، وإنما النكاح هو كما أمر الله عز وجل ثم امسك بمعروف أو تسريح بإحسان إلا أن يأتي نص صحيح بتوقف عنده^(١) الخبر لا يفيد المدعى

ورد ابن حزم الاستدلال بحديث ، وفر من المجذوم فرارك من الأسد ، فقال : ليس الأمر بالفرار هنا بمفيد إثبات الخيار في إبقاء الزواج أو فسخ العقد ، ، والمقصود هو الوقاية فقط لا إثبات الخيار على أن الخبر ليس فيه الأبرص ، فمن أين أضيف إليه ، الأبرص . .

وقال ابن حزم أيضا : أن التوبة بما روى من طريق سعيد بن منصور عن أبي معاوية الضرير عن جميل بن يزيد الطائي عن زيد بن كعب بن عجرة أنه قال : تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من بني غفار فلما دخلت عليه ، ووضعت ثيابها رأى بكشعها يباضا فقال : ألبس ثيابك ، والحق بأهلك ، قال أبو معاوية : لحدثنا رجل عن جميل بن زيد عن زيد بن كعب ابن عجرة أنه ، صلى الله عليه وسلم أمر لها بالصدق .

وهذا الحديث من رواية جميل بن زيد ، وهو مطروح ، متروك جملة ، وهو عن زيد بن كعب . وهو مجهول إذ لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ، ثم هو مرسل وقال ابن حزم : ولو فرضنا صحة هذا الخبر لم يكن مخالفا لقولنا ؛ لأننا لا نمنع الزوج من الطلاق قبل الدخول ، وبعده إن شاء . أما القول بأنه لا يؤمن من المجنون قتل صاحبه فثبت خيار الفسخ بالمجنون فهذا قول مردود ؛ لأن الفاسق بلا شك أخوف على صانع المجنون ، ولا يؤمن من قتله لصاحبه ، ومع هذا فلا يثبت خيار الفسخ بالفاسق ولا يرد النكاح به فكذلك المجنون^(٢) .

(١) المصدر السابق ذات الجزء والمنفعة والمساواة .

(٢) المحلل لابن حزم النجاشي . ١٠٠ ص ١١٦ سنة ١٩٣٥ .

الشريعة الإمامية

التطبيق بسبب العيوب

أجاز الشيعة الإمامية فسخ النكاح لسكل من الزوجين إذا وجد بالآخر عيباً من العيوب الآتية :

عيوب الرجل :

أما العيوب التي لو وجدت بالرجل فيجوز للمرأة أن تفسخ عقد النكاح بسببها فهي الجنون ، والحصاء ، والعن ، والجَبْ

عيوب المرأة .

وعيوب المرأة سبعة ، هي :

الجنون ، والجذام ، والبرص ، والقرن ، والإفشاء ، والعشى ، والإعماذ وفي الرق تردد أشبهه وأرجحه : ثبوته عيباً ؛ لأنه مرض يمنع الوطء . ولا ترد المرأة بالعمور ، ولا بالزنا ولو حدث فيه ، ولا بالعرج على الأَشْبه .

شروط الفسخ :

ويشترط أن يكون العيب موجوداً بالمرأة أثناء العقد ، وعند الدخول ، فلا يفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول . أما المتجدد بعد العقد فقيمه تردد عدا العن . كما يشترط عدم إمكان الوطء في الرققاء أو القرناء أو عدم إمكان العلاج . لكن إذا أمكن العلاج وامتنعت المرأة منه فللزواج الخيار وقيل تفسخ المرأة بمنون الرجل المستغرق لأوقات الصلاة ، وإن تجدد .

الفسخ بالعيب ليس طلاقاً :

وفسخ عقد النكاح بسبب العيوب التي ذكرناها ليس من قبيل الطلاق ، فلا ينقص به عدد الطلقات ، ولا يطرده معه تنصيف المهر .

لا حاجة إلى حكم حاكم

ولا يقتصر الفسخ بالعيوب إلى حكم حاكم . ويفتقر في العن إلى ضرب الأجل .

الفسخ بسبب العنة

لو ادعت الزوجة أن زوجها عنين ، فأنكر ، فالقول له مع يمينه . فإذا ثبتت العنة ، يثبت لها الخيار ، ولو كان متجدداً ، إذا عجز عن وطئها ، قبلاً ودبراً وعن وطء غيرها . ولو ادعى الوطء ، فأنكرت فالقول قوله مع يمينه .
قورية الخيار

وخيار العيب ، على الفور فلو أخر من له الفسخ مختاراً مع علمه بالعيب بطل خياره سواء في ذلك الرجل والمرأة وإن جهل الخيار ، أو الفورية فالراجح أنه عذر وله الخيار بعد العلم بالعيب على الفور ، وكذا لو نسبهما ، ولو منع من طلب الخيار بأن قبض على فيه ، أو هذب بما يعد إكراها فلم يطلب الخيار على الفور فلا يسقط خياره حتى يزول المانع ، ثم تعتبر الفورية حينئذ .
ابتداء الأجل

ولو صبرت الزوجة مع وجود العنن في زوجها فلا بحث . وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة تبدأ من حين الترافع : فإن عجز عنها وعن غيرها فلها الفسخ ونصف المهر^(١)

الفسخ بسبب مخالفة الشرط

لو تزوج امرأة بشرط أنها حرة ، فظهرت أمة ، أو مبطنة ، فله الفسخ وإن دخل بها ؛ لأن ذلك فائدة الشرط . هذا كله إذا كان الزوج عن يجوز له نكاح الأمة . ووقع بإذن مولاها أو مباشرته .

الفسخ بسبب الغرر

ولم يشترط الحرية لكنه تزوجها على أنها حرة ، أو أخبرته حرة قبل الزواج ، أو أخبره بخبر بذلك ، في إلحاقه بالشرط . من ظهور التدليس ، وعدم الاعتبار بما تقدم من الشروط على العقد . وكذا تنسخ هي لو تزوجته على أنه حر فظهر عبداً . ولو شرط أنها بكر فظهرت ثيباً ، فله الفسخ بمقتضى الشرط الذي سبق العقد .

(١) المختصر النافع لعل ١٠١٠ والروضة البهيبة شرح الفقه المدعيمة ج ٢ ص ١٢٧

رأى آخر

وهناك رأى آخر يقول : لا فسخ للمقد ، ولكن ينقص من المهر بنسبة ما بين مهر المثل ، ومهر النيب ، وقال أصحاب هذا الرأى تأييدا له : إن الزوج لم يرض بالمهر المسمى إلا للزوجة على وصف أن زوجته بكر ، فلما بان لها أنها خالية عن الوصف المذكور ، وهو تبتكار ، فقد فات سبب رضاه بالمهر المسمى ، فيلزم التفاوت كالفرق ما بين كون لمبيع صحيحا ، ومعيبا (١)

القانون

التطليق للعب

نظم القانون أحكام تطليق الزوجة على زوجها لعب بالزوج في المواد ١١، ١٠، ٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وقد شرحنا هذه المواد فيما سبق تنبه : يحذر بنا أن نشير إلى أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، الخاصين بتنظيم أمور الطلاق للمسلمين في الجمهورية العربية المتحدة ، لم يتعرضا للحكم فيما إذا وجد الزوج زوجته معيبة معيب تناسلي ، فبقى الحكم في هذه الناحية على مذهب الاحناف ، الذين لا يجعلون للزوج خيار الفسخ إذا ما وجد زوجته أي عيب من العيوب : لأن في إمكان الزوج الذي يجد زوجته عيبا لا يستطيع معه أن يعاشرها ، جنسيا ، أن يتخلص من زوجته بالطلاق .

التطليق بسبب الضرر

رأى عامة الفقهاء

المانعون للطلاق بسبب الضرر

يرى الاحناف ، والشافعية ، والظاهرية ، والإمامية ، أن الزوجة إذا طلبت من القاضي الحكم بطلاقها من زوجها : لأنه يسمى إليها ، ورفض الزوج أن يطلقها ، فإن القاضي لا يجوز له أن يحكم بتطليقها عليه : لأن رفع الضرر

عن الزوجة يمكن بغير الطلاق فلا يلجأ للطلاق ، فعلى القاضي أن يأمر الزوج بحسن معاشرة زوجته ، واحسان معاملتها ، فإن لم يمثل عزره بحسب مايراه . وفيما يلي النصوص الفقهية لفقهاء الاحناف والشافعية ، والظاهرية والإمامية في هذا الموضوع .

المذهب الحنفي

قال صاحب البدائع : ومنها ولاية التأديب للزوج ، إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته ، بأن كانت ناشزة ، فله أن يؤدبها ، لكن على الترتيب الآتي . . فيمظها أولا على الرفق واللين بأن يقول لها : كوني من الصالحات للقائات الحافظات للغيب ، فإن تركت ، وإلا هجرها لعل نفسها لا تتحمل الهجر ثم اختلف في كيفية الهجر قبل يهجرها بالآل يهاجمها ولا يضاجعها على فراشه ، وقبل يهجرها بالآل يكلمها في حال مضاجعتها إياها لأن يترك جماعها ومضاجعتها ؛ لأن ذلك حق مشترك بينهما ، فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها ، فلا يؤدبها بما يضر نفسه ويبطل حقه ، ر قيل يهجرها بأن يفارقها في المضجع ، ويضاجع أخرى في حقها وقسمها : لأن حقا عليه في القسم في حال الموافقة وحفظ حدود الله تعالى لافي حال التنصيع وخوف النشاز ، وإلا ضربها عند ذلك ضربا غير مبرح ولا شائن . والأصل فيه قوله عز وجل : . . واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن ، واهجروهن في المضاجع ، واضربوهن ، فظاهر الآية وإن كان بحرف الواو الموضوع للجمع المطلق ، لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب ، والواو تحتل ذلك ، فإن نفع الضرب ، ولا رفع الأمر إلى القاضي ليوجه إليهما حكما من أهلها وحكما من أهله كما قال تعالى : . . وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما ، وسبيل هذا سبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في حق سائر الناس ؛ أن الأمر يبدأ بالمرعظة على الرفق اللين دون التغليظ في القول ، فإن قبلت ، والإلا غلظ القول بها قبلت ، وإلا بسط يده فيه ، وكذلك إذا ارتكبت

محظورا سوى النشوز ، ليس فيه حد مقدر فالزوج أن يؤذيها تعزيرا لها ؛ لأن الزوج أن يعزر زوجته كما للدولى أن يعزر مخلوكه .^(١)
ومن أحكام النكاح المعاشرة بالمعروف وأنه مندوب إليه مستحب قال الله تعالى وعاشروهن بالمعروف قيل هي المعاشرة بالفضل والإحسان قولاً وفعلًا وخلقاً قال النبي صلى الله عليه وسلم : خيركم خيركم لأهله . وأنا خيركم لأهلي ، وقيل المعاشرة بالمعروف هي أن يعاملها بما لو فعل بك مثل ذلك لم تنكره بل تعرفه ، وتقبله وترضى به ، وكذلك من جانبها هي مندوبة إلى المعاشرة الجميلة مع زوجها بالإحسان باللسان واللفظ في الكلام ، والقول المعروف الذي تطيب به نفس الزوج ، وقيل في قوله تعالى : ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ، إن الذي عليهن من حيث الفضل ، والإحسان ، هو أن يعسن إلى أزواجهن بالبر باللسان والقول بالمعروف^(٢) .

المذهب الشافعي

قال صاحب المنهاج وهو من فقهاء الشافعية الأجلاء : فإن تحقق نشوز ، ولم يتكرر ، وعظ وهجر في المضجع ، ولا يضرب في الأظهر . قلت : الأظهر يضرب والله أعلم . فإن تكرر ضرب ، ويقول بعد ذلك : فإن أساء خافقه وآذاها بضرب أو غير ذلك بسبب نهاه فإن عاد عزره (أي القاضي) وإن قال كل : إن صاحبه متعدد تعرف القاضي الحال بثقة يَخْبُرُهُمْ ، ومنع الظالم ، فإن اشتد الشقاق بعث حكما من أهله وحكما من أهلها^(٣) . . . ويشرح هذا الكلام صاحب المفتي فيقول : فإن أساء الزوج خلقه وآذاها بضرب أو غيره بلا سبب نهاه عن ذلك ولا يعزره ، فإن عاد إليه وطلبت تعزيره من القاضي عزره القاضي بما يليق به لتعديه عليها . وإنما لم يعزره في المرة الأولى وإن

(١) بدائع الصنائع للكاتاني ج ٢ ص ٣٢٤ .

(٢) بدائع الصنائع للكاتاني ج ٢ ص ٣٣٤ .

(٣) مفتي المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٥٩ وما بعدها .

كان القياس جوازه إذا طلبته قال السبكي : ولعل ذلك : لأن إساءة الخلق تكثر بين الزوجين ، والتعزير يورث وحشة بينهما فيقتصر أولا على النهي لعل الحال يلتئم بينهما ، فإن عاد عزره وأسكنه بحجب ثقة يمنع الزوج من التعدي عليهما ، وهل يحال بين الزوجين : قال الغزالي : يحال بينهما حتى يعود إلى العدل ، ولا يعتمد قوله في العدل ، وإنما يعتمد قولها ، وشهادة القرائن ^١ . هـ -

وفصل الإمام فقال : إن ظن الحاكم تعديه ، ولم يثبت عنده لم يحل بينهما وإن تحققه ، أو ثبت عنده وخاف أن يضربها ضربا مبرحا ؛ لكونه جسورا . حال بينهما حتى يظن أنه عدل ؛ إذ لو لم يحل بينهما واقتصر على التعزير لربما بلغ منها مبلغا لا يستدرك ^٢ . ا. هـ . وهذا ظاهر فيمن لم يذكر الحيلولة أراد الحال الأول . ومن ذكرها كالغزالي ، والحاوي الصغير والمصنف في تنقيحه . أراد الثاني . والظاهر كما قال شيخنا : إن الحيلولة بعد التعزير ، والإسكان . وإن كان لا يعتمد عليها لكنه يكره صحبتها للكبر ، أو مرض أو نحوه . ويعرض عنها فلا شيء عليه ^(١) :

المذهب الحنبلي

في المذهب روايتان هما .

الرواية الأولى - لا يجوز التطليق للضرر

نقل عن الحنابلة القول بأنه لا يجوز التطليق على الزوج بسبب الضرر . وعلى القاضي محاولة الإصلاح بين الزوجين ما أمكن ؛ قال صاحب الاقتناع : فإن ادعى كل منهما ظلم صاحبه أسكنهما الحاكم إلى جانب ثقة ، يشرف عليهما ، ويكشف حالهما ^(٢) وقال صاحب المغني : واختلفت الرواية عن أحمد في

(١) منى المحتاج لمعرفة مناهي ألماظ المتهاج ج ٣ ص ٢٦٠ ، ٢٦١ .

(٢) الاقتناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل لعرف الدين موسى الحجاوي المقدسي ج ٣

ص ٢٥١ ، ٢٥٢ .

الحكمين : ففي إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلا ن لحماه هأى لالزوجين الذين حصل بينهما الشقاق ، لالعل كان التفريق إلأ بإذنهما . وهذا مذهب علماء : وأحد قول الشافعى . وحكى ذلك عن الحسن . وأبى حنيفة (١) .

وجهة نظر أصحاب هذا الرأى

وقال أصحاب الرأى السابق : إن البضع حق الزوج ، والمال حق الزوجة والزوجان رشيدان . فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما ، أو ولاية عليهما . وهذا غير متحقق فى الحكمين .

الرواية الثانية تجيز التطليق للضرر

أما الرواية الثانية فى المذهب فتجيز للحكمين أن يفعلا ما يريدان من جمع وتفريق بمرض . وغير عوض دون حاجة إلى توكيل من الزوجين ، ولارضاهما . فهما حاكمان . وروى مثل ذلك القول عن على ، وابن عباس ، وأبى سلمة ، وابن عبد الرحمن ، والشافعى ، والنخعى ، وسعيد بن جبير . وهو قول مالك والأوزاعى ، وإسحاق ، وابن المنذر .

دليل هذا الرأى

واستدل أصحاب هذا الرأى بقول الله تعالى : « فامشوا حكام من أهله ، وحكما من أهلها » .

وجه الاستدلال

سمى الله سبحانه وتعالى من يرساهما الحاكم لمعرفة أسباب الشقاق بين الزوجين بأنهما حكمان - ولم يعتبر رضا الزوجين . ثم قال : « إن يريدان إصلاحا » فخطب الحكمين بذلك معتبرا لإرادتهما لإرادة الزوجين ورضاهما يتصرف الحكمين .

(١) المنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٢٥٧ طبع مطبعة الامام بالمندبية تصحيح البغى محمد خليل المراس ،

ماروى عن كبار الصحابة

وروى أبو بكر ياسناده عن عبيدة السلماني أن رجلا وامرأة أتيا عليا مع كل واحد منهما فقام من الناس . فقال على رضى الله عنه : ابعثوا حكما من أهله ، وحكما من أهلها ، فبعثوا حكيمين : ثم قال على للحكيم هل تدريان ما عليكما من الحق ؟ عليكما من الحق إن رأيتهما أن تجمعما جمعتهما ، وإن رأيتهما أن تفرقا فرقتهما . فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله على ، ولى . فقال الرجل : أما الفرقة فلا . فقال على : كذبت حتى ترضى بما رضيت به — فهذه الرواية تفيد أن عليا أجبر الرجل على الطلاق .

كذلك روى أن عقيلًا تزوج فاطمة بنت عتبة ، فتنخاصما ، فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان ، فبعث حكما من أهله هو عبد الله بن عباس ، وحكما من أهلها هو معاوية . فقال ابن عباس : لا فرقن بينهما ، وقال معاوية : ما كنت لأفرق بين شيخين من بنى عبد مناف ، فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطالحا . فهذه الرواية تفيد أنه يجوز للحكيم أن يفرقا بين الزوجين إذا سامت العشرة بينهما إساءة بالغة (١) .

مناقشة الراى الأول

وقال المجوزون للتطليق بسبب الضرر : إن القول بأن الزوجين رشيدان فلا يملك أحد التصرف في حقوقهما إلا بتوكيل منهما ، أو ولاية ، لا يمنع من تطليق الحكيم على الزوج ؛ إذ لا مانع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق ، كما يقضى الدين عنه من ماله إذا امتنع ، وبطلق الحاكم على المولى إذا امتنع ؛ فالزوج المضار إذا امتنع عن طلاق زوجته وأمسكها إضرارا بها طلق عليه القاضى إذا ثبت إضراره بزوجته (٢) .

المذهب الظاهري

الطلاق للضرر

لا يجوز الطلاق للضرر

يرى الظاهرية أن العدل بين الزوجات فرض ، وأن الزوج إذا عصته زوجته حل له هجرانها حتى تطيعه ، وضربها بما لم يؤلم ، ولا يجرح ، ولا يكسر ، ولا يعفن . فإذا ضربها بغير ذنب أقيدت منه . ولم يقل الظاهرية بجواز تطليق الزوجة على زوجها إذا ضربها فجرحها ، أو كسرهما .

دليل الظاهرية

الكتاب

استدل الظاهرية بقوله تعالى : (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ، ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة) .

وجه الاستدلال

أبانت الآية أن العدل واجب بين الزوجات ما أمكن وأكثر ذلك في قسمة الليالي ، حرة كانت الزوجة أو أمة ، مسلمة كانت الزوجة أم ذمية .

كما استدلوا بقوله تعالى : « واللاتي يخافون نشوزهن فعضوهن ، واحجروهن في المضاجع ، واضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

لم يبيح الله تعالى للرجل هجران المرأة في المضجع إلا إذا خاف نشوزها وإنما أباح الضرب ، ولم يبيح الجراح ، ولا كسر العظام ، ولا تعفين اللحم . وقال تعالى : « والحرمات قصاص » ، فصح أنه إن اعتدى الزوج على زوجته بغير حق فالقصاص عليه ^(١) .

(١) المحل لابن حزم الظاهري ج ١٠ ص ٤١ ، وما بعدها مسند رقم ١٨٨٨ .

الشيعة الإمامية :

لاتطليق بسبب الضرر

يرى الإمامية أنه إذا حدث شقاق بين الزوجين فعلى القاضي أن يبعث حكمين للإصلاح بين الزوجين - وأنه لاحق لهما في التطليق إلا مع إذن الزوج في الطلاق ، والمرأة في البذل . ولو اختلف الحكمان لم يعض لهما حكم^(١).

من أجازوا التطليق بسبب الضرر

تفصيل رأى الفقهاء الذين أجازوا التطليق للضرر فيما يلي :

المذهب المالكي

التطليق بسبب الضرر

التطليق بسبب الضرر حق للمرأة :

أباح المالكية للزوجة أن تطلب إلى القضاء تطليقها على زوجها الذى يضاررها ويسبب معاملتها وتخشى على نفسها المقام معه ، قال صاحب تبصرة الحاكم : مسألة : إذا فعل الزوج بزوجته ما يوجب القصاص لها منه وكان شريراً يخاف عليها منه إذا اقتضت منه فإنها تطلق عليه^(٢) .

يجوز الزوجة عن الإنابات :

وقال صاحب التبصرة أيضاً : وإذا تكررت شكوى المرأة وذكرت إضرار زوجها بها ، ورفعت ذلك إلى الحاكم وعجزت عن إثبات ما تدعيه فإن الحاكم يأمر زوجها بإسكانها بين قوم صالحين ، ويكلفهم تفقد خبرها ، واستسلام ضررها ، فإن كانت ساكنة معهم في مثل هؤلاء القوم لم يلزمه نقلها إلى غيرهم ، معنى وكلفهم تفقد حالها ، فإن ظهر لهم أنه الظالم رفعوا ذلك إليه

(١) المختصر النافع للحس ١٩١ - والروضة البهية شرح اللمعة المشقة ج ٢ ص ١٣٤ .
(٢) تبصرة الحاكم في أصول الأفضية ومناهج الأحكام لابن فرحون المالكي المدنى على هامش فتح الملل الخالك في الفتوى على مذهب مالك للشيخ عيسى ج ٢ ص ١٩٥ ، ١٩٦ .

فزجره الحاكم وأدبه ، وسجنه ، وعاقبه بما يراه ، فإن همى على الحاكم خبرهما ، وطال تكررها ، ولم يعلم من الظالم منهما لم يسعه أن ينظر في أمرهما بغير الحكيم ، ومسألة الحكيم مشهورة (مسألة) ومن باع زوجته فقال مالك في المبسوط يتكفل نكالا شديدا ، وتطلق عليه واحدة ، وليس له أن يرتجعها ولا يتزوجها ولا غيرها حتى تعرف توبته وصلاحه مخافة أن راجعها أو تزوج غيرها أن يبيعها . وفي المسألة تفاصيل بين أن يبيعها أزالا ، أو جادا (١) .

لا يشترط تكرار الضرر :

وفي مواهب الجليل (٢) . ولها التطبيق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره مثل : قول ابن فرحون في شرح ابن الحاجب : من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها ، وإثارة امرأة عليها ، وضربها ضربا ، ولما . وليس من الضرر منعها من الحمام والنزاعة ، وتأديبها على ترك الصلاة ، ولا فعل القسرى انتهى .

الضرر يختلف وحالة المرأة :

وفي التاج والإكلیل لمختصر خليل (٣) : . ولها التطبيق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره... ابن سلبون : إذا ثبت للمرأة أن زوجها يضربها وهي في عصمته فقبل : لها أن تطلق نفسها ، كما تفعل إذا كان ذلك شرطا وقيل : ليس لها أن تطلق نفسها حتى يشهد بتكرار الضرر . وانظر بعد هذا قول مالك : من باع زوجته طلقت عليه . وانظر إذا كان لها شرط في الضرر قال في السليمانية : إذا قطع الرجل كلامه عن زوجته ، أو حول وجهه عنها في فراشها فذلك من الضرر بها ، ولها الأخذ بشرطها .

رأى يقول باشرط تكرار الضرر

قال المتبسطي : إذا ثبت أنه يضرب زوجته ، وليس لها شرط ، فقبل : إن لها أن تطلق نفسها ، وإن لم تشهد البينة بتكرار الضرر . قال : ويستوى على القول الأول من شرط الضرر ، ومن لم يشترط . قال مالك : من يريد

(١) المصدر السابق ،

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٧ .

(٣) على هامش مواهب الجليل ج ٤ ص ١٧ .

العبادة ، أو ترك الجماع لغير ضرر ، ولا علة . قال له : إما وطئت ، وإما طلقت (١) .

القانون

معنى الضرر

أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ برأى المالكية في التطليق للضرر ، وفسر الضرر بأنه هو إيذاء الزوج زوجته بالقول ، أو بالفعل ؛ كالشتم ، والتعبيح ، والتمجين ، والضرب ، وغير ذلك من ضروب الإيذاء ؛ كإلغراض عن الزوجة وهجرها (٢) من غير سبب يبيحه ، وهذه أشياء غير الضرر المقصود في مسألة التطليق للإعسار ، والغيبة والحبس . والتطليق للضرر المذكور في مواد القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يكون من القاضى وتقع به طلبة واحدة باثنة وهو مأخوذ من مذهب المالكية كما سبق بيانه .

فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القاضى مدعية أن زوجها يضارها ، وطلبت التفريق بينها وبينه لذلك ، فإن القاضى يجيبها إلى طلبها إذا ثبتت صحة دعواها . غير أنه يجب عليه قبل ذلك أن يعمل على الإصلاح بينها وبين زوجها ، فإن لم يستطع ذلك لم يكن إلا التفريق .

وإذا عجزت الزوجة عن إثبات مضارة الزوج لها رفض القاضى دعواها ، فإذا تكررت منها الشكوى مع عجزها عن الإثبات كان على القاضى أن يحكم بينها وبين زوجها رجلين من أهلها أو من غيرهم ، يختارهما أهلاً للإصلاح بين الزوجين وإزالة أسباب النزاع بينهما ، ثم يقضى حسب تقرير الحكيم . والمواد التى نظمت التطليق للضرر فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هى المواد السادسة ، والسابعة ، والثامنة ، والتاسعة ، والعاشر ، والحادية عشرة . ويؤخذ من هذه المواد أن الحكيم لا يملك أن تطليق الزوجة من

(١) المصادر السابق ذكرها .

(٢) المذكرة التفسيرية لقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

زوجها بالفعل إذا ثبت لها عدوان الزوج على زوجته وإيذائه . إياها ، بل بقرآن الأمر على ما شهدا ، ويقترحان التفريق ، والقاضى هو الذى يحكم بالفرقة بناء على هذا التقرير . وهذا للاحتياط فى أمر الطلاق . ومذهب الإمام مالك الذى أخذ منه هذا القانون يجيز للحكمين إيقاع الطلاق فهو يرى أن تفويض القاضى هذا الأمر لها تفويض كامل يتناول ملك التطلق .

القانون لم يخالف مذهب المالكية

وإذا نظرنا إلى موقف القانون من الحكمين حيث لم يسمح لها بأن يطلقا إذا رأيا أن المصاحفة فى الطلاق ، بل عليهما أن يرفعا تقريرهما للقاضى ... أقول : القانون فى ذلك لم يخالف مذهب المالكية فان الحكمين لا يمكن من الأمر إلا ما ياذن به من استمداد منه الساطة وهو القاضى الذى اختارهما فإذا قصر مهمتهما على إجراء التحقيق بين الزوجين مع بذل الجهد فى الإصلاح بينهما ، ثم عرض النتيجة عليه ؛ ليقدر ما يراه حسب التقرير كان حسنا ، وكائنا مقيدين بما كلفهما به ؛ ولا يكون فى ذلك مخالفة للمذهب المالكى .

التطليق لغية الزوج

المذهب المالكى

أباح المذهب المالكى التطليق على الغائب إذا غاب عن زوجته غيبة تنصصر منها ، سواء كان غيابه بعذر مقبول أم بغير عذر وتفصيل ذلك فيما يلى : قال فى المتبعية : اعلم أن الغائبين على أزواجهن خمسة : فالأول غائب لم يترك نفقة ، ولا خلف مالا ولا لزوجته عليه شرط فى المغيب فإن أحببت زوجته الفراق فإنها تقوم عند^(١) السلطان بعدم الإنفاق . والثانى . غائب لم يترك نفقة ولزوجته عليه شرط فى المغيب : فزوجته مخيرة بين أن تقوم بعدم الاتفاق أو بشرطها ، وهو أيسر عليها ؛ لأنه لا يضرب له فى ذلك أجل .

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ .

والثالث غائب خلف نفقة ، ولزوجته عليه شرط في المغيب . فهذه ليس لها أن تقوم إلا بالشرط خاصة وسواء كان الغائب في هذه الثلاثة الأوجه معلوم المكان ، أو غير معلوم . إلا أن معلوم المكان يعذر إليه إن تمكن من ذلك .

والرابع غائب خلف نفقة ، ولا شرط لامراته ، وهو مع ذلك معلوم المكان ، فهذا يكتب إليه السلطان : إما أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلا طاق عليه .

والخامس غائب خلف نفقة ولا شرط لامراته عليه وهو مع ذلك غير معلوم المكان . فهذا هو المفقود ... انتهى باختصار .

مدة الأجل

قال صاحب مواهب الجليل : إن ما ذكر في المتبعية في الرابع من أنواع الغائبين من أنه يكتب إليه السلطان إلى آخره وإلا طلقها عليه لم يبين كم ينتظر . وقال ابن رشد في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم من طلاق السنة لم يحدها هنا ، يعني في هذا الرسم في الطول حدا . وقال في أول رسم شهد من سماع عيسى : إن السنتين ، والثلاث ، في ذلك قريب وليس بطول وهذا إذا بعث إليها بنفقة . أما إذا لم يبعث إليها بنفقة ، ولا علم له مال ، فإنها تطلق عليه بعد الإعذار إليه والتلوم عليه . وأما إن ظهر أنه موسر بموضعه فنفرض لها النفقة عليه تتبعه بها ولا يفرق بينهما ، فهذا ظاهر قول ابن حبيب في الواضحة . ومعنى ذلك ما لم يطل ، على ما قال هنا (١) .

التطليق على الغائب والمحجوس

في القانون المصري

نظم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التطليق على الغائب لكن التفريق الوارد في كل منها يختلف عن الآخر فقانون سنة ١٩٢٩

لا ينظر إلى التفريق بسبب الاعسار بينما ينظر إليه القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .
فالقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ينظر إلى ما يلحق الزوجة من عنت وضرر الانفراذ
فإذا طُلبت الزوجة التطليق لهذه الأسباب واحتكمت في ذلك إلى مواد القانون ٢٥
لسنة ١٩٢٩ فيطلبها القاضى لذلك ولو كان له مال تنفق منه، لأن القضية ليست
قضية تضرر لعدم الاتفاق . والطلاق الصادر من القاضى في هذه الحالة
طلاق بائن . ولا يكون في حالة الغيبة إلا بعد تمام سنة من أول وقت الغيبة، وفي
حالة الحبس لا يكون إلا بعد مضي سنة أيضا من ابتداء الحبس بشرط أن
تكون مدة الحبس المحكوم بها حكما نهائيا وأن تكون ثلاث سنوات فأكثر .

والمواد التى نظمت التطليق للغيبة والحبس في القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩
هى المواد : ١٢ ، ١٣ ، ١٤ أما المادة ٢٣ من هذا القانون فنصت على أن
السنة تحسب بالتقويم الشمسى التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما .

أما الطلاق الصادر بمقتضى القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بسبب عدم اتفاق
الغائب والمحبوس على زوجته، فطلاق رجعى . وقد سبق بيانه .

تلييه

ذكرت المذكرة التفسيرية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن المحكمة في إباحة
تطليق المرأة التى غاب زوجها هى أن مقام الزوجة، وزوجها بعيد عنها زمنا
طويلا مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحمله الطبيعة البشرية في
الأمم الأغلب ، وإن ترك لها الزوج مالا تستطيع الإتفاق منه .

والحكمة التى ذكرتها المذكرة الإيضاحية كانت تقتضى أن تكون غيبة
الزوج سنة فأكثر ، بعذر وبغير عذر ، مسوعة للفرقة بين الزوجين كما هو
مذهب الإمام مالك . ولكن القانون أخذ بمذهب الإمام أحمد . وهو أن
القاضى إنما يفرق بين الزوجين للغيبة إذا كانت بلاعذر مقبول . ومعنى هذا

أن القانون أخذ بمذهب الامام مالك في أحكام التطلق للغة ولكنه لم يأخذ به كله بل عدل عن بعضه إلى مذهب الامام أحمد فلتق بين المذهبين .

الاشهاد على الطلاق

الشيعة الامامية

يرى الشيعة الامامية أن أحد أركان الطلاق هو الاشهاد عليه فقالوا : لا بد من حضور شاهدين يسمعهان واستدلاوا بذلك بقوله تعالى : « واشهدوا ذوى عدل منكم » (١) ولا يشترط استدعاؤهما لسماح الطلاق بل يكفي أن يسمعه دون أن يكلفا بالحضور لسماحه ، ويشترط في شهود الطلاق العدالة ، وهذا هو الراجح في المذهب . وقال بعض فقهاء المذهب : يكفي في شهود الطلاق الاسلام . وكذلك يشترط في الشهود الذكورة فلا تقبل فيه شهادة النساء . وقال الامامية : أن الرجل لو طلق ولم يشهد على طلاقه ثم أشهد كان الاول لنوا (٢) .

المذهب الظاهري

الاشهاد على الطلاق شرط لوقوع الطلاق

وفهم مما ذكره ابن حزم في باب الرجعة أن الاشهاد على الطلاق شرط لوقوع الطلاق ، كما أن الاشهاد على الرجعة شرط لصحتها . فقد قال ابن حزم في باب الرجعة ما يأتي :

قال أبو محمد : فإن وطئها لم يكن بذلك مراجعاً حتى يلفظ بالرجعة ، ويشهد ، ويعلمها بذلك قبل تمام عدتها . فإن راجع ولم يشهد ، فليس مراجعاً ؛ لقوله تعالى : « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف ، أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوى عدل منكم » . قرن الله عز وجل بين المراجعة ، والطلاق ، والاشهاد فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض . وكان من طلق ولم يشهد

(١) الآية رقم ٢ من سورة الطلاق .

(٢) المختصر النافع للعلامة الشافعية ج ٢ ص ١٥٠ .

ذوى عدل ، أو راجع ، ولم يشهد ذوى عدل ، متعديا لحدود الله تعالى .
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » . فإن قيل : قد قال الله عز وجل : « وأشهدوا إذا تباعتم »^(١)
وقال تعالى في الدين المؤجل : « واستشهدوا بشهدتين من رجالكم » ، فإن
لم يكونا رجلين ، فرجل^(٢) وأمرأتان ، فلم أجزتم البيع المؤجل وغيره إذا لم يشهد
عليه ؟ وقال تعالى : « فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم » ، فلم أجزتم
دفع مال اليتيم إليه إذا بلغ ميذا دون إسهاد ؟ قلنا : لم نجز دعواه للدفع
إلا حتى يأتي بالبينة ، وقضينا باليمين على اليتيم إن لم يأت المولى بالبينة على
أنه قد دفع إليه ماله ، ولكن جعلناه عاصيا لله تعالى إن حلف حائثا فقط .
كما جعلنا المرأة التي لم يقم للزوج بينة بطلاقها ، ولا برجعنها ، عاصية لله عز وجل
إن حلفت حائثة طامة بأن قد طلقها ، أو راجعها . وأما إجازتنا البيع
المؤجل ، وغيره ، وإن لم يشهد عليه ، فلقول رسول الله صلى الله عليه وسلم :
« إنهما بالخيار ما لم يتفرقا » ؛ فإذا تفرقا ، أو خير أحدهما الآخر ، فاختار
البيع فقد تم البيع ، أو كما قال عليه الصلاة والسلام : مما قد ذكرناه في كتاب
البيوع من ديواننا هذا وغيره بنصه ، وإسناده ، والحمد لله رب العالمين . وهو في
كل ذلك حاص لله عز وجل إن لم يشهد في البيع المؤجل وغيره ، وفي دفع
المال إلى اليتيم إذا بلغ ميذا ، وفي طلاقه ، وفي رجعه إذا لم يفعل كما أمره
الله تعالى^(٣) .

رأى جمهور العلماء

في الإسهاد على الطلاق . وفي طلاق الغائب

لا يشترط الإسهاد على الطلاق :

أما فقهاء الاختلاف ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة - فلا يرون

(١) الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ .

أن الإشهاد على الطلاق شرط لوقوعه ؛ إذ لا يوجد في الشريعة الإسلامية عقد يشترط لصحته الإشهاد عليه سوى عقد واحد هو عقد الزواج ؛ لشرف عمله ، وعظم شأنه ؛ إذ يتعلق بالأعراض ، والانساب ، وتبني عليه أحكام باقية بقاء الزمان ، ذات أثر كبير في حياة الشخص ، وأسرته ، كحرمة المصاهرة ، وثبوت النسب ، والارث - ولأن إظهار النكاح بين الناس أمر مرغوب فيه ؛ لتتقن الرب ، وتمنع مقالات السوء ، وتدفع الشبهات عن الزوجين إذا ما رأى الناس الزوج يتردد على زوجته ، ويقم معها في مسكن واحد ، ويعاشرها معاشرة الأزواج ، فإذا لم يكن عقد النكاح بينهما قد أعلن واذيع بين الناس وجد مجال واسع للريبة والشك في هذه المعاشرة . أما الطلاق فهو من العقود التي وصفها الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق ، فلا حاجة إلى إذاخته بين الناس كشرط لصحة وقوعه . وأما الأمر بالإشهاد على التدين ، وكذلك الأمر بالإشهاد على البيع في آية المداينة وهي قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان »^(١) ، وقوله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم »^(٢) ، فهي عند جمهور العلماء للإستخفاف ، والندب لا للوجوب كالأمر بكتابة المداينة في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه »^(٣) ، فلا يفيد الأمر اشتراط الشهادة لصحة البيع ، والمداينة .

طلاق الغائب :

لم أطلع على رأى جمهور العلماء يؤيد رأى الظاهرية القائل بأن طلاق الغائب لا يقع إلا إذا علمت به الزوجة عن طريق من تصدقه أو بشهادة مقبولة شرعا . بل لقد قال الشيعة الإمامية كما قال جمهور العلماء بوقوع طلاق الغائب - فقد جاء في المختصر النافع^(٤) : « إذا طلق الغائب ، ثم حضر ،

(١) (٢ ، ٣) الآية رقم ٢٨٢ من - سورة البقرة

٢٠٢

(٤) المختصر النافع ١

ودخل بزوجه ، ثم ادعى الطلاق لم تقبل دعواه ، ولا يثبت . ومعنى ذلك وقوع طلاق الغائب دون توقف على علم الزوجة به وفيه أيضا^(١) : « وتعتد المطلقة من حين الطلاق ، حاضرا كان المطلق أو غائبا إذا عرف الوقت وفي الوفاة من حين يبلغها الخبر وجمع صاحب المغنى^(٢) آراء فقهاء أهل السنة في طلاق الغائب إذا كان بغير تلفظ به بأن كان بطريق الكتابه فقال : « ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه . قال أحمد في رواية حرب في امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق : لا تزوج حتى يشهد عندها عدول . قيل له فإن شهد حامل الكتاب ؟ قال : لا ، إلا شاهدان . فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره ؛ لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ككتاب القاضي وظاهر كلام أحمد أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديها ، وإن لم يشهدا به عند الحاكم ؛ لأن أثره في حقها في العدة وجواز التزوج بعد انقضائها ، وهذا معنى تخصص به ، لا يثبت به حق على الغير ، فاكفى فيه بسماعها للشهادة . ولو شهد شاهدان أن هذا خط فلان ، لم يقبل ؛ لأن الخط يشبهه ، ويزور . ولهذا لم يقبله الحاكم . ولو اكفى بمعرفة الخط لا كفى بمعرفة له من غير شهادة .

رأى آخر

وذكر القاضي أنه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه بكتبه ، ثم لا يفيا عنه حتى يؤديا الشهادة . وهذا مذهب الشافعى .

الراجع

وقال صاحب المغنى : والصحيح أن هذا ليس بشرط ؛ فإن كتاب القاضي لا يشترط فيه ذلك ، فهذا أولى . وقد يكون صاحب الكتاب لا يعرف

(١) المصدر السابق .

(٢) المتى لابن قدامة المنبلى ج ٧ ص ٢٢٥ صحيح النسخ عمده خليل هراس طبع مطبعة الامام بالمسكية بالقاهرة .

الكتابة ، وإنما يستنيب فيها ، وقد يستنيب فيها من يعرفها بل متى أتاها بكتاب ، وقرأه عليها ، وقال هذا كتابي ، كان لها أن يشهدا به (١١)

القانون

لم يأخذ المشروع في القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بنظرية الظاهرية ، فيما يتعلق بطلاق الغائب كما لم يأخذ بنظريةهم ولا برأى الشريعة الإمامية فيما يتعلق بوجوب الإشهاد على الطلاق .

المشروع المقترح

ويوجد الآن في وزارة العدل المصرية مشروع قانون لتنظيم الأسرة مأخوذ من الشريعة الإسلامية . وقد نص فيه على ضرورة وجوب الإشهاد على الطلاق كما أخذ المشروع برأى الظاهرية في طلاق الغائب . لكن هذا المشروع لم يصح بعد حقيقة لم يوسه

ثانياً: الخلع

انحلال رابطة الزوجية وانقطاع العلاقة التي تكون بين الزوجين والتي أوجبها عقد الزواج النافذ اللازم قد يكون من أسبابها الطلاق وقد شرحناه فيما سبق . وقد يكون بسبب الخلع . وهو ان تقدم الزوجة لزوجها شيئاً من المال فتتدى به نفسها وتتخلص من رابطة الزوجية ، وذلك حينما تشعر أن الحياة الزوجية بينها وبين زوجها أصبحت لا تطاق وانها تنقص زوجها ، ومن المستحيل في نظرها إستمرار الحياة الزوجية بينها وبينه ، وأن عليها ان تسلك طريق الخلاص من هذا العقد الذي كان المفروض فيه أن يكون أبدياً فتقدم لزوجها عوضاً عما أنفقه في سبيل الزواج بها وهذا مايسمى في الفقه الإسلامي باسم «الخلع» وهو المذكور في قوله تعالى : ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون﴾ (١) .

وفي تفسير هذه الآية قال الإمام القرطبي :

الآية خطاب للازواج ، نهرا ان يأخذوا من ازواجهن على وجه شيئاً - وهذا هو الخلع الذي لا يصح إلا بالآل ينفرد الرجل بالضرر وخص بالذكر ماأتى الأزواج نساءهم لأن العرف بين الناس أن يطالب الرجل عند الشقاق والفساد ما خرج من يده لها صداقا وجهازا فلذلك خص بالذكر .

وقد قيل إن قوله : ﴿ولا يحل﴾ فصل معترض بين قوله تعالى :

﴿الطلاق مرتان﴾ وبين قوله : ﴿فإن طلقها﴾ .

وقال الإمام القرطبي أيضا:

والجمهور على أن أخذ الفدية على الطلاق جائز وأجمعوا على تحطير
أخذ مالها إلا أن يكون النشوز وفساد العشرة من قبلها

وحكى ابن المنذر عن النعمان أنه قال:

إذا جاء الظلم والنشوز من قبله وخالعه فهو جائز ماض وهو آثم
ولا يحل له ماصنع ولا يجبر على رد ما أخذه . قال ابن المنذر: وهذا من قوله
خلاف ظاهر كتاب الله ، وخلاف الخبر الثابت عن النبي - ﷺ - .

وخلاف ما أجمع عليه عامة أهل العلم من ذلك . ولا أحسب أن
ليرقى لأحد ، اجهد نفسك في طلب الخطأ ما وجد امرا أعظم من أن ينطق
الكتاب بتحريم شيء ثم يقابله مقابل بالخلاف نصا فيقول: بل يجوز ذلك:
ولا يجبر على رد ما أخذه .

قال أبو الحسن بن بطال: روى ابن القاسم عن مالك مثله، وهذا
القول خلاف ظاهر كتاب الله تعالى وخلاف حديث امرأة ثابت
وسايتي (١).

وفيما يلي تفصيل للفرقة بطريق الخلع نذكره نقلا عن كتب المذاهب
الفقهية: فنقول:

المذهب الحنفي:

معنى الخلع في اللغة: الخلع في اللغة معناه التزع والإزالة يقال خلع

(١) راجع تفسير القرطبي «الجامع لأحكام القرآن» لأبي عبد الله محمد بن أحمد الانصاري
القرطبي المجلد الثاني الجزء الثالث ص ١٣١ وما بعدها .

فلان ثوبه خلعا وخلعاً إذا نزعَه وأزاله عنه .

وخلع فلان زوجته خلعا وخلعاً إذا أزال زوجيتها إلا أن العرف
خص استعمال «الخلع» بضم الخاء في إزالة الزوجية وباستعمال «الخلع»
بفتح الخاء في إزالة غير الزوجية .

المعنى الاصطلاحي : عرف فقهاء الحنفية الخلع بأنه : حل رابطة
الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه في نظير عوض من الزوجة .

قال صاحب البدائع :

أما الخلع فجملة الكلام فيه : أن الخلع نوعان :

١- خلع بعوض .

٢- خلع بغير عوض .

أما الذى هو بغير عوض فنحو أن قال لامرأته خالعتك ولم يذكر
العوض فإن نوى به الطلاق كان طلاقاً وإلا فلا لأنه من كنايات الطلاق
عندنا . ولو نوى ثلاثاً كان ثلاثاً ، وإن نوى اثنين فهي واحدة عند أصحابنا
الثلاثة خلافاً لزمزله بقوله : أنت بائن ونحو ذلك على ما مر^(١) .

هل يحتاج إنهاء عقد النكاح إلى قضاء :

يرى الحنفية أن هناك إنهاء لعقد النكاح يحتاج إلى قضاء فى بعض
حالاته - وفى بعض آخر إنهاء النكاح لا يحتاج إلى قضاء .

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للأمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى
الملقب بملك العلماء المتوفى ٥٨٧ هـ ص ١٤٤ وما بعدها . الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨ هـ -
١٩١٠م مطبعة الجمالية ، بمصر .

ومن الأمثلة الموضحة لذلك مايلي :

- ١- الخلع انتهاء عقد النكاح بالخلع لا يتوقف على قضاء .
- ٢- الطلاق كذلك لا يتوقف على قضاء القاضى إنهاء عقد النكاح بلفظ من ألفاظ الطلاق ومن ذلك تفويض الطلاق إلى الزوجة إذا استعملت هذا الحق فطلقت نفسها من زوجها .
- ٣- انتهاء عقد الزواج بسبب الإيلاء وهو أن يقسم الزوج ألا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر أو أبدا فإذا مضت مدة أربعة اشهر ولم يقربها فإنها تطلق منه طلاقه بائنة عند الحنفية جزاء له على ظلمه وإزالة لسلطانه عليها .
- ٤- الفرقة بسبب فساد العقد كما اذا كان الزواج بغير شهود أو ظهر بعد الزواج أن الزوجة اخت للزوج من الرضاع .
- ٥- الفرقة بسبب الردة - فإذا ارتد احد الزوجين ثبتت الفرقة بينهما من غير توقف على القضاء .

اما اذا ارتد الزوجان معا فالراجح فى مذهب الحنفية أنه لا يفرق بينهما بمجرد الردة -ولهذا لو عادا معا إلى الإسلام كانت الزوجية باقية من غير حاجة إلى عقد جديد .

وقد فعل ذلك مع المرتدين فى عهد أبى بكر رضى الله عنه فإنهم لما عادوا إلى الإسلام لم يفرق بينهم وبين نسايتهم بل اقروا على ماكان بينهم من زواج^(١) .

انتهاء عقد النكاح لسبب يتوقف على القضاء به :

هناك من الأسباب الموجبة لانتهاء رابطة اسروجية ويحتاج الأمر فيها

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج٢ ص ٣٣٧ ، ٣٣٨ مرجع سابق .

إلى قضاء من القاضى وهى اسباب قال بها بعض المذاهب عدا المذهب
الحنفى وهى مايجرى عليه العمل بها فى المحاكم الآن طبقا للقانون رقم ٢٥
لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م وهذه الأسباب هى :

- ١- الفرقة بسبب الإضرار بالزوجة وسوء عشرة الزوج معها .
- ٢- الفرقة بسبب غيبة الزوج أو حبسه .
- ٣- الفرقة بسبب إفسار الزوج بالنفقة أو امتناعه عن الانفاق على
زوجته .

المذهب المالكى :

وقال صاحب الشرح الكبير فى تعليق حاشية الدسوقى عليه مايلى
الكلام فى الخلع ومايتعلق به من الأحكام فيه مايلى :

الخلع لغة : هو النزاع : يقال خلع الرجل ثوبه إذا نزعهما من عليه .
وشرعا : هو طلاق بعوض - ويرد على هذا التعريف ما ورد على
تعريف المصنف من عدم شموله لفظ «الخلع» بدون عوض .
والجواب : أن هذا تعريف لأحد نوعى الخلع وترك تعريف النوع
الآخر لكونه بدھيا .

وجاء أيضا فى هذا الصدد .

الطلاق لغة هو الارسال وإزالة القيد كيف كان .

وشرعا هو إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة أو بلفظ
- ما - مع نية .

وأما الثاني: وهو أن يكون مقرونا بالعوض كما ذكرنا بأن قال:
خالعتك على كذا وذكر عوضا.

واسم الخلع يقع عليهما إلا أنه عند الاطلاق ينصرف إلى النوع الثاني
في عرف اللغة والشرع فيكون حقيقة عرفية وشرعية. حتى لو قال
لأجنبي: إخلع امرأتى فخلعها بغير عوض لم يصح.

وكذا لو خالعتها على ألف درهم فقبلت، ثم قال الزوج: لم أنوبه
الطلاق لا يصدق في القضاء لأن ذكر العوض دليل إرادة الطلاق ظاهراً فلا
يصدق في العدول عن الظاهر، بخلاف ما إذا قال لها خالعتك ولم يذكر
العوض ثم قال ما أردت به الطلاق في أنه بصدق إذا لم يكن هناك دلالة
حال تدل على إرادة الطلاق من غضب أو ذكر طلاق على ما ذكره في
الكنائيات. لأن هذا اللفظ عند عدم ذكر التعويض يستعمل في الطلاق وفي
غيره فلا بد من النية لينصرف إلى الطلاق، بخلاف ما إذا ذكر العوض،
لأنه مع ذكر العوض لا يستعمل في العرف والشرع إلا للطلاق^(١).

حقيقة الخلع عند المالكية:

والخلع بالضم للخاء على المشهور هو الطلاق بعوض وهذا هو
الأصل فيه - وقد يكون بلا عوض إذا كان بلفظ الخلع وجاز أن يكون بلا
حاكم - فالخلع يجوز بحاكم وبلا حاكم.

العوض: يجوز الخلع بخلع مقدمة الزوجة لزوجها كي يخلصها من
عقد النكاح - ويجوز أن يكون العوض من غير الزوجة ولو أجنبياً عنها،

(١) حاشية الدسوقي ج ٢، ص ٤٧.

وبشرط أن يكون أهلا للالتزام بالعوض الذى يذكره فى الخلع وذلك بأن يكون رشيدا سواء كان الملتزم بدفع بدل الخلع هى الزوجة أو غيرها فلا يصح الالتزام بالعوض من صغيرة أو سفية ذات ولى أو مهملة وهذا هو المشهور فى المذهب ، ولا يصح من ذات الرق إلا بإذن سيدها فالصغيرة والسفية وذات الرق لا يلزمهن العوض وإن قبضه الزوج رده .

رأى آخر وفى حاشية الدسوقي ما يفيد ان هناك رأى يخالف رأى المشهور فى المذهب فى هذا الموضوع وهذا رأى يقول بلزوم العوض فى الخلع للسفية والمهملة^(١) .

المذهب الشافعى :

حقيقة الخلع لغة : الخلع بضم الخاء أو بفتحها هو النزع سمي به الخلع الشرعى لأن كلا من الزوجين لباس للآخر قال تعالى : ﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾ فكأنه بمفارقة الآخر نزع لباسه عنه .

الخلع فى اصطلاح الشرع أما الخلع شرعا فهو فرقة بعوض مقصود يحصل للزوج أو لسيده .

دليل المشروعية اما دليل مشروعية الخلع فقد استدل له الشافعية بالكتاب والسنة والإجماع فقالوا :

الكتاب أما من الكتاب فقد استدل الشافعية على مشروعية الخلع بنسره تعالى : ﴿فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله﴾ الآية ويقوله تعالى : ﴿فإن طبن لكم عن شئ منه أنفسا﴾ الآية .

(١) حاشية الدسوقي ج ٢ ، ص ٣٤٨ ، مرجع سابق .

السنة ومن السنة استدلل الشافعية بالحديث الذى روى فى البخارى عن ابن عباس وفيه : أتت امرأة ثابت بن قيس ^(١) اتت النبى - ﷺ - فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب وفى رواية (ما أنقم عليه) فى خلق ولادين ولكن أكره الكفر فى الإسلام (أى كفران النعمة) فقال (أتردين عليه حديثه) قالت : نعم قال : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة . (وقوله كان ضربها) (أى فخافت أن يحملها ذلك على كفران نعمته وفى رواية فردتها، وأمره بفراقها .

وزاد النسائى أنه كان ضربها فكسرىدها فخافت أن يحملها ذلك على كفران نعمته .

قال ابن داود وغيره وهذا هو أول خلع جرى فى الإسلام ^(٢) .

أما الدليل العقلى فقد قال الشافعية انه لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض جاز أن يزيل ذلك الملك : بعوض كالتسرى والبيع ، وفى الخلع دفع الضرر عن المرأة غالبا .

والخلع مشروع وجائز فى حالتى الشقاق والوفاء ، وذكر الخوف فى الآية جرى مجرى الغالب .

والأصح أن الخلع فى حالة الوفاق مكروه إلا أن يخافا أو أحدهما أن لا يقيما حدود الله التى افترضها فى النكاح أو أن يحلف بالطلاق الثلاث على فعل ما لا بد له من فعله فيخالع ثم يفعل المخلوف عليه لأنه وسيلة ^(١) الغفر البهية فى شرح البيهجة الرردية للشيخ زكريا الانصارى ج ٤ ، ص ٢٢٦ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ص ٢٢٦ .

للتخاوص من وقوع الثلاث .

هل الخلع طلاق ؟؟ والخلع طلاق صريح إن ذكر المال أو نوى وإلا قلنا به وقيل فسخ . وفي قول نص عليه في الأم أنه لا يحصل به طلاق ولا فسخ أ . ه الخطيب على المنهاج (١) .

وقد علق المرفصى على ذلك بقوله : (قوله باب الخلع) قال شيخنا م . ر . وهو صحيح وإن تبعها نحو نفقة لتختلع منه على المعتمد وإن حرم عليه ذلك - وعن شيخنا ز . ي خلافة أ هـ .

وما قاله شيخنا ز . ي (ذكرها الأنصاري) مشى عليه الشارح في شرح الروض . قال : لأنها مكرهة حيثئذ فيكون الخلع باطلا ويقع الطلاق رجعيًا نقله في الساحل ، والبحر وغيرهما من الشيخ أبي حامد أيضا - بخلاف ماله منعها ذلك فافتدت منه هي لتخلص منه . أ هـ أي لأنه بمجرد منع الحق لا يكون مكرها على الخلع .

الفاظ الخلع : يقع الخلع بلفظ خالعتك ، وفاديتك إذا ذكر معهما مالا وإذا ذكرت هذه الألفاظ دون أن يذكر معها عوضاً فإنه يرجع في ذلك إلى العرف وقد اطرده العرف بحريان بأن الخلع والفداء بعوض فإذا ذكر الخلع والفداء بدون عوض وقبلته المرأة ونجب مهر المثل ويرجع إلى المراد لا طلاق اللفظ دون ذكر عوض معه - وكان ذلك كما لو خالع على مجهول - أو خالع على مسمى لا يصلح أن يكون مالا كخمر ونحوه فإنه يجب مهر المثل فكذا عند الإطلاق كالنكاح . ويعتبر اللفظان هنا عند الإطلاق (لفظ الخلع

والفداء) من قبيل صريح الفاظ الطلاق - وقيل : إن صريح لفظ الطلاق ليس منها هذان اللفظان .

والخلع يصح بسائر الفاظ الطلاق الصريحة والكنايات مع النية للطلاق من الزوجين معا كما يصح الخلع بعوض مجهول هو أو بعضه مجهول القدر أو الأجل أو بفساد الشرط كشرط أن لا يتفق عليها وهي حامل أو على أن لا سكنى لها أو لعدة عليها أو أن يطلق ضررتها - فكل ذلك يوجب للزوجة مهر المثل مع وقوع طلبة رجعية .

الخلع يدين : الخلع يدين يوجب المسمى في ذمتها المختلفة ولو غير مأذونة .

تعريف صاحب معنى المحتاج للخلع :

جاء في معنى المحتاج : الخلع في الشرع فرقة بين الزوجين بعوض مقصود لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع أو بكنايات الطلاق حكمه .

حكم الخلع : أما حكم الخلع فهو جائز مع كراهه إلا في حالتين فالمشروعية فيه بدون كراهة فيه .

دليل المشروعية :

من الكتاب استدلل لمشروعية الخلع بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ ﴾ .

ومن السنة استدلل للمشروعية بالأمر به في خبر البخاري « في امرأة ثابت بن قيس بقوله : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » وهو أول خلع في

الاجماع واستدل للمشروعية باجماع العلماء على مشروعية هذه
الفرقة مستندا لاجماع إلى الكتاب والسنة .

المعقول قال صاحب المغنى والمعنى فيه انه لما جاز ان بملك الزوج
الانتفاع بالبضع بعوض جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض كالشراء والبيع ،
فالنكاح كالشراء ، والخلع كالبيع - وفى هذا دفع للضرر عن المرأة غالبا .

وقال صاحب المغنى : ولكنه مكروه لما فيه من قطع النكاح الذى هو
مطلوب الشرع : لقوله - عنه - : «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» .

قال فى التنبيه : إلا فى حالتين :

إحدهما : أن يخافا ألا يقيما حدود الله أى ما افترضه فى النكاح
لقوله تعالى : ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا
يقيما حدود الله﴾ الآية . وذكر الخوف فى الآية جرى على الغالب ، لأن
الغالب وقوع الخلع فى حالة التشاجر .

ولأنه إذا جاز حالة الخوف وهى مضطرة إلى بذل المال ففى حالة
الرضا أولى .

كما يقاس حالة الجواز فى الخلع بحالة المشروعية فى الأقالة فى
البيع .

الحالة الثانية : اما الحالة الثانية فهى حالة أن يحلف بالطلاق الثلاث
على فعل شئ لا بد له منه أى كالأكل والشرب وقضاء الحاجة فيخلعها ثم
فعل الأمر المحلوف عليه ثم يتزوجها فلا يحث لانحلال اليمين بالفعل
أولى ، إذ لا يتناول إلا الفعلة الأولى وقد حصلت .

فإن خالعها ولم يفعل المحلوف عليه : ففيه قولان أصحهما أنه يتخلص من الحنث فاذا فعل المحلوف عليه بعد النكاح لم يحنث لأنه تعليق سبق هذا النكاح فلم يؤثر فيه كما إذا علق الطلاق قبل النكاح فوجدت الصفة بعد النكاح .

تنبيه قال صاحب المغنى ظاهر كلامهم هو حصول الخلاص بالخلع ولو كان المحلوف عليه مقيدا بمدة . وهو كذلك ، وخالف في ذلك بعض المتأخرين .

وضرب لهذه الواقعة مثلا هو ما لو قال الزوج لزوجته ان لم تخرجي هذه الليلة من هذه الدار فأنت طالق ثلاثا ، فخالع مع أى جزء من الليل ، وجدد النكاح ولم تخرج لم يقع الطلاق ، لأن الليل كله محل اليمين ولم يرض الليل وهي زوجة له حتى يقع الطلاق^(١) .

أركان الخلع : أركان الخلع عند الشافعية خمسة :

١ - زوج يصح طلاقه فلا يصح من صبي ومجنون ومكره ، كطلاقهم .

لكن لو خالع العبد زوجته ، أو المديبر زوجته أو المحجور عليه بسفه زوجته صح الخلع بإذن وبدونه بمهر المثل أو أقل إذ لكل من هؤلاء ان يطلق زوجته مجانا فبعوض يجوز من باب أولى - ويجب العوض لمولى العبد قهرا ولو بدون إذن كسائر أكسابه .

(١) معنى المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشريفي الخطيب ج ٣ ،

ص ١١٤ وما بعدها سند في مستطاع النباوي ١٤١١

٢- الركن الثانى ملتزم بالعوض وهى الزوجة القابلة للخلع أو الملتزمة له وبشرط التكليف وإن تكون غير محجور عليها وذلك بالنسبة لثبوت المال^(١).

فإن اختلعت أمة بلا إذن سيدها بدين فى ذمتها أو عين مال سيدها أو عين مال اجنبى أو عين غير مملوكة كخمر بانت من زوجها فى جميع هذه الصور، لوقوع الخلع بعوض فاسد. وذلك إذا نجز الزوج الطلاق فإن قيده يتملك تلك العين لم تطلق.

ويجب للزوج إذا طلقها فى هذه الصور مهر المثل لأنه المراد إذن بالبدل فى هذه الصور لفساد العوض.

قول آخر يجب للزوج فى قول آخر (فى هذه الحالات) قيمة الأمة المختلعة من زوجها إن كانت منقومة وإلا فمثلها.

وفى الخلع بدين يجب المسمى وفى قول يجب مهر المثل ورجع هذا رأى فى المحرر والزوج الصغير كما لو تزوج العبد بغير إذن سيده ووطئ.

تنبيه قوله بدين فى ذمتها بمعنى أن يتبعها بالدين بعد عتقها ولا مطالبة للزوج بهذا الدين قبل عتقها ولا يضمن السيد مقدار الخلع إذا إذن لامته بأن تخالع زوجها بالدين.

إذا إذن السيد لامته فى أن تخالع زوجها اذا مطلقا : إذا إذن السيد

(١) معنى المحتاج إلى معرفة معانى الفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشرينى الخطيب ج ٣، ص ٢٦٢ وما بعدها سنة ١٩٥٨ - ط مصطفى البابى الحلبي.

لآتمه . فى مخالفة زوجها إذا مطلقا لم يقيد بدين أو بعين فإنه يجب مهر المثل للزوج من كسبها ومما بيدها من مال التجارة .

خلع المريضة مرض الموت : يرى الشافعية صحة اختلاع المريضة مرض الموت ولا تحسب من الثلث إلا قدرا زائد على مهر المثل بخلاف مهر المثل وأقل منه فإن تؤخذ من رأس المال لأن التسرع إنما هو بالزائد فهو كالوصية للأجنبي - ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث إلا أن يكون وارثا بجهة أخرى غير الزوجية كابن عم ، أو معتق .

اعتراض الرد عليه ولا يعترض على ما قيل بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت بأنه قد قيل بأن خلع المكاتب وإن كان بمهر المثل أو أقل قد جعل تبرعا أفلا تكون المريضة مرض الموت فى خلعه بمهر المثل أو أقل مماثلا لخلع المكاتب .

ويجاب عن ذلك بأن تصرف المريض أتم ولهذا وجب عليه تفقه الموسرين بخلاف المكاتب .

كما يصح خلع المريض مرض الموت بدون مهر المثل لأن البضع لا يبقى للوارث لو لم يخال^(١) .

صالركن الثالث - البضع - :

اشترط الشافعية فى البضع ان يكون مملوكا للزوج بعقد نكاح صحيح نافذ فقالوا :

بصححة الخلع فى طلاق رجعى فى خلال العدة لأن المطلقة رجعىا فى حكم الزوجات فى كثير من الأحكام أما المطلقة بائنا فلا يملك الزوج من التمتع بالبضع بالنسبة للمطلقة رجعىا .

وقال الشافعية : ان المطلقة بائنا ليست فى حاجة ان تفتدى نفسها لأن طلاقها بائنا يغضى بها إلى البينونة التى ترجوها ببذل البدل فى الخلع بخلاف المطلقة رجعىا .

وهذا هو الأظهر فى المذهب فلا يصح الخلع بالنسبة للمطلقة بائنا -أو للمختلعة قبل ذلك اذا لا يملك الزوج بضعها حتى تطلب منه أن يزيله- وحكى الماوردى فى ذلك إجماع الصحابة .

٤- الركن الرابع -العوض :-

لم يشترط الشافعية فى العوض المقابل للخلع مقدارا معيناً فيصح عوض الخلع قليلا أو كثيرا دينا أو عينا أو منفعة لعموم قوله تعالى : ﴿ فلا جناح عليها فيما افتدت به ﴾ .

وقال الشافعية : ان الخلع عقد على منفعة البضع فجاز بما يذكر فى قدره أو نوعه كالصداق .

استثناء واستثنى الشافعية من المشروعية للخلع بقليل العوض وكثيرة استثنى صورتين .

الأولى الخلع على أنه برئ من سكنها وقالوا بوقوع الطلاق ولا يجوز البدل لأن اخراجها من المسكن حرام فلها السكنى وعليها مهر المثل .

الثانية اما الصورة الثانية فهي الخلع على تعليم شيء من القرآن فقيه ما قالوه في الصداق حيث قالوا بالتعذر إنه لا يصح .

شروط العوض المخالغ عليه اشترط الشافعية في العوض ان يكون متمولا أى له مالية أى يصلح أن يكون ثمنا وان يكون معلوما مقدورا على تسليمه - وقرعوا على ذلك فقالوا :

١- لو خالغ بمجهول كاحد العبدین أو كان الخلع على شيء لا يعتبر مالا في حق المسلم كالخلع على خمر - فإن الزوجة تبين ويجب مهر المثل لأنه المراد عند فساد العوض .

رأى آخر يجب على الزوجة بدل الخمر وهو قدرها من العصير كالقولين في صداقها .

٢- لو اختلعت زوجة الكافر على خمر :

قال صاحب المغنى ، لا يخفى ان خلع الكفار بعوض غير مالى هو خلع صحيح كما فى انكحتهم ، فرجا وقع اسلام بعد قبضه كله فلا شيء له عليها .

أما لو كان قد وقع اسلام قبل قبض شيء من العوض الفاسد فله مهر المثل ولو كان بعد قبض بعضه فالقسط .

٢- لو خالغ الزوج المسلم زوجته المسلمة على عين فتلفت قبل القبض أو خرجت مستحقة أو معيبة فردها أو فابت عنها صفة مشروطة فردها - فإنه يرجع عليها بمهر المثل والعوض فى يدها كالمهر فى يده أنه مضمون ضمان عقد - وقبل ضمان يد (١) .

٥- الركن الخامس الصيغة

حقيقة الخلع عند الشافعية تنقسم إلى صريح وكنابه .

الأثر الشرعى للخلع بلفظ صريح : الصحيح عند الشافعية ان الفرقه الحاصله بلفظ الخلع تقتضى وقوع الطلاق - وانه ينقص به عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته بلفظ الطلاق تماما لأن الله تعالى ذكره بين طلاقين فى قوله تعالى ﴿الطلاق مرتان﴾ فدل على انه ملحق بهما .

وقال اصحاب هذا رأى من الشافعية انه لو كان الخلع فسخا لما جاز على تغيير انصدق إذ انفسخ يوجب استرجاع البذل ، كما أن الإقالة من البيع . تجوز بغير الثمر .

رأى آخر : وهك رأى ثان يرى ان الخلع فسخ لا ينقص به عدد طلقات التى يملكها الزوج على زوجته ويجوز تجديد النكاح بعد تكرره . - غير حصر ولأن الفرقه الحاصله به فرقه حصلت بمعاوضة فيكون فسخا كسراء زوجته - وهذا القول منسوب إلى المذهب القديم للشافعى . -

رأى ثالث : فى قول نص عليه فى الأم أن الخلع لا يقع به طلاق ولا نسخ - لكن الفرقه بلفظ الطلاق - لا يلفظ الخلع - اذا حصل على عوض فان الفرقه الحاصله به تكون فرقه طلاق قطعا . وكذا اذا قصد بلفظ الخلع الطلاق أو اقترن بلفظ الخلع الطلاق كخالعتك على طلقه بالف^(١) .

المذهب الحنبلي :

الخلع :

قال صاحب المغنى مبينا حاجة المجتمع المسلم عند الضرورة إلى
إباحة افتداء الزوجة لإقالتها من عقد النكاح وذلك بان تخالع زوجها
ودلل على المشروعية من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول فقال :

وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلق أو خلقة أو دينه أو كبره
أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله تعالى في طاعته جاز
لها أن تخالعه بعوض فتفتدي به نفسها منه وذلك لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ حَفِظْتُمْ
أَنْ لَا يَفِيكُمَا حَدُودُ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ (١) .

ومن السنة النبوية حديث المختلعة فقد روى أن رسول الله - ﷺ -
خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس ، فقال رسول
الله - ﷺ - : « ماشأنك ؟ » قالت : لا أنا ولا ثابت لزوجها .

فلما جاء ثابت قال له رسول الله - ﷺ - : « هذه حبيبة بنت سهل قد
ذكرت ماشاء الله أن تذكر » .

وقالت حبيبة : يا رسول الله - ﷺ - : كل ما أعطاني عندي فقال
رسول الله - ﷺ - لثابت بن قيس : « خذ منها » فأخذ منها وجلس في
أهلها . وهذا حديث صحيح ثابت الاسناد رواه الأئمة مالك ، وأحمد
وغير سوا .

وفى رواية البخارى قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ - فقالت : يا رسول الله : ما أنقم على ثابت فى دين ولا خلق إلا أننى أخاف الكفر . فقال رسول الله - ﷺ - : «أتردين عليه حديثه»؟؟ فقالت نعم فردتها عليه ، وأمره بفراقها ، وفى رواية فقال له : «اقبل الحديثة وطلقها تطليقة» .

الاجماع - قال ابن قدامة وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز الشام^(١) .

قال ابن عبد البر : ولا نعلم أحدا خالفه إلا بكر بن عبد الله المزنى ، فإنه لم يجزه .

وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله تعالى : ﴿وان اردتم استبدال زوج مكان زوج﴾^(٢) .

وروى عن ابن سبرين وأبى قابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا : لقوله تعالى : ﴿ولا تعضلوهن لتلهوا ببعض ما أتيتنهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾^(٣) .

ولنا : الآية التى تلونهاها والخبر وأنه قول عمر وعثمان وعلى وغيرهم من الصحابة ولم نعرف مخالفا فيكون اجماعا .

(١) المفتى لابن قدامة المقدسى ج٧ ص ٣٢٣ - الناشر مكتبة القاهرة بالصناديق بالقاهرة
محقق محمد عبد الوهاب قايد ، وعبد القادر أحمد عطا من علماء الأزهر الشريف
رحمهما الله .

(٢) سورة النساء - الآية رقم ٢٠ .

(٣) سورة النساء - الآية رقم ١٩ .

ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة، ولم يثبت شيء من ذلك.

أما لماذا سمي انباء عقد الزواج بالإفتاء خلعا فيقول ابن قدامة الفقيه ابن تيمية أن هذا يسمى خلعا لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها قال تعالى: ﴿هَن لِبَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهَا﴾^(١)، ويسمى هذا الطريق إفتاء لأنها تفتدس نفسها بما لبسته قال الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(٢).

هل إنهاء عقد النكاح بالخلع يحتاج إلى قضاء؟؟

قال الحنابلة لا يحتاج الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد فقال: يجوز الخلع دون السلطان، وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال شريح والزهري ومالك والشافعي وإسحاق وأهل الرأي.

وعن الحسن ابن سيرين أنه لا يجوز الخلع إلا عند السلطان.

ورد الحنابلة الرأي الأخير فقالوا: إنه الخلع قال به عمر وعثمان وهو عقد معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح، وهو أيضا قطع للعقد بالتراخي أشبه الإقالة.

هل يتوقف الخلع بوقت معين قال الحنابلة لا بأس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه، لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة

(١) سورة البقرة الآية رقم ١٨٧.

(٢) سورة البقرة الآية رقم ٢٢٩.

والمقام مع من تكرمه وتبغضه اعظم من تضررها من طول العدة فجاز دفع اعلاهما بأدناهما ولذلك لم يسأل رسول الله المختلعة عن حالها^(١).

المذهب الظاهري:

الخلع:

قال الظاهرية، الخلع هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لاتوفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهها حقها فلها ان تفتدى منه ويطلقها إن رضى هو؟ والا لم يجبر هو؟ ولا أجبرت هي إنما يجوز يتراضيهما. ٤

ولا يحل الإفتداء الا بأحد الوجهين المذكورين أو باجماعهما فان وقع بغيرهما فهو باطل ويرد عليها ما أخذ منها وهي امرأته كما كانت، ويبطل طلاقها ويمنع من ظلمها فقط.

قيمة المال الذى تؤديه الزوجة يرى الظاهرية ان للزوجة ان تفتدى بجميع ما تملك.

أثر الخلع قال الظاهرية: ان الخلع طلاق رجعى إلا ان يطلقها ثلاثاً أو آخر ثلاث، أو تكون غير موطوءة فإن راجعها فى العدة جاز ذلك احبت أم كرهت - ويرد ما أخذ منها اليها.

الفداء بخدمة أمر جاتز قال ابن حزم يجوز الفداء بخدمة محدودة، ولا يجوز بمال مجهول - لكن بمعروف محدد، مرقى، معلوم أو موصوف.

(١) المغنى لابن قدامة، مرجع سابق.

تلخيص ابن حزم لمشروعية الخلع ومدى حاجته إلى القضاء:

قال ابن حزم اختلف الناس في الخلع فلم تجزه طائفة، واختلف الذين أجازوه فقالت طائفة هو طلاق؟ وقالت طائفة أخرى لا يجوز إلا بأذن السلطان ثم اختلف الذين قالوا بأن الخلع طلاق؟؟ فقالت طائفة هو رجعي كما قلنا - وقالت طائفة هو بائن - .

وقالت طائفة لا يجوز إلا بما أصدقها ولا يجوز باكثر .

وقالت طائفة: يجوز بكل ما تملك

وقال طائفة: لا يجوز الخلع إلا مع خوف تشوذه وإعراضه أو ان لا تقيم معه حدود الله .

وقال طائفة: لا يجوز الخلع إلا بأن يجد على بطنها رجلا .

وقالت طائفة: لا يجوز الخلع إلا بأن تقول: لا طبع لك امرأ، ولا اغتسل لك من جنابة (١) .

واختلفوا في الخلع الفاسد فقالت طائفة ينفذ ويتم وقالت طائفة يرد ويفسخ ثم اخذ يفند الاقوال المعارضة لرأيه فقال: ان قول الله تعالى: ﴿وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير﴾ .

وقال الله تعالى: ﴿فإن خفتن الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به﴾ .

(١) المحلى لابن حزم الظاهري، ج ١١، ص ٨٥٤ وما بعدها.

فهاتان الآيتان قاضيتان على كل ما فى الخلع .

وقال : ان من منع الخلع بغير إذن السلطان اعتمادا على المروى عن الحسن البصرى (لا يكون خلع الا عند السلطان) .

واستنادا إلى ما روى عن سعيد بن حبيب قال : «لا يكون الخلع إلا حتى يعظها فإن أعتقت وإلا ضربها فإن أعتقت وإلا إرتعنا إلى السلطان فيبعث حكما من أهلها وحكما من هذا يرد كل واحد منهما إلى السلطان ما يسمع من صاحبه فإن رأى أن يفرق بينهما فرق وإن رأى أن يجمع جمع .

وقال ابن حزم ردا على هذا : «إن هذا كله لاصحة على تصحيحه ثم رد على من قال ان الخلع ليس طلاقا وقال ان ما روى عن رسول الله فى حديث زوجة ثابت ابن قيس بن الشماس وان رسول الله - ﷺ - قال لثابت : خذ منها فأخذ منها وجلست فى أهلها .

وقال ابن حزم : إن الروايات المتعددة لهذا الحديث كلها تفيد صراحة الخلع وأنه طلاق خصوصا الرواية التى فيها «إقبل وطلقها تطليقة» فهذا الخبر فيه زيادة على الخبرين الآخرين والزيادة لا يجوز تركها فكان الخلع طلاقا .

الخلع طلاق لا فسخ :

قال ابن حزم :

قال الخنفية : هو طلاق بائن ويلحقها طلاقه مادامت فى العدة وقال مالك والشافعى : هو طلاق بائن ولا يلحقها طلاقه فى العدة وأنهى ابن حزم هذا الموضوع بترجيح رأيه بأن الخلع طلاق ، فقال :

وأما من قال: إن الخلع طلاق رجعى .

فكما روينا من طريق عبد الرازق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب: انه قال فى المختلعة: إن شاء أن يراجعها فليردد عليها ما أخذه منها فى العدة وليشهد على رجعتها - قال معمر: وكان الزهرى يقول ذلك - قال قتادة: وكان الحسن يقول: لا يراجعها الا بخطبة .

وقال ابن خزم: لقد بين الله تعالى حكم الطلاق: «وبعولتهن أحق بردهن» وقال: «فامسكوهن بمعروف، او فارقوهن بمعروف» فلا يجوز خلاف ذلك - وما وجدنا فى الكتاب والسنة طلاقا لارجعة فيه إلا الثلاث مجموعة أو مفرقة أو التى لم يطأها - ولا مزيد - وما عدا ذلك فهى آراء لاحجة فيها .

البدل فى الخلع ليس محمدا قال ابو حنيفة لا يأخذ الزوج من زوجته بدلا فى الخلع أكثر مما أعطاهما، فإن فعل فليتصدق بما زاد وقالت طائفة يكره أن يأخذ منها كل ما أعطاهما .

وقالت طائفة: يأخذ كل مامعها مما دون ذلك إذا تراضيا به وتستبدل هذه الطائفة لرأيها ان امرأة نشزت على زوجها وان امرها قد رفع إلى عمر بن الخطاب وان عمر قال لزوجها: اخلعها ولو من قرطها . وإن مثل هذه الحادثة حصلت زمن عثمان بن عفان وانه امر الزوج بأن يأخذ من امرأته هاء عقاص رأسها فما دونه .

وعن نافع ابن عمر جاءته مولاة لامرأة اختلعت من كل شئ لها وكل ثوب لها حتى من نقبتها - وهو قول مالك والشافعى وأبى سليمان

واصحابهم .

وقال ابن حزم بعد هذا البيان لأقوال الفقهاء فى بدل الخلع ومقداره قال : قال ابو محمد : نعم ، لا يحل له أن يأخذ شيئا إلا أن تطيب نفسها به (١) .

الشروط الواجب توافرها فى بدل الخلع :

اشترط الظاهرية فى بدل الخلع ان يكون معلوما فمن خالع على مجهول فهو باطل لأنه لا يدري الزوج ما يجب له عندها ، ولا تدريه هي؟؟ فكان عقدا فاسدا وكل طلاق لم يصح إلا بصحة ما لاصحة له فهو غير صحيح واذا كان غير صحيح فلم يطلق اصلا .

الخلع لا يسقط حق المختلعة فى النفقة والمسكن والكسوة يرى الظاهرية ان المختلعة لا يسقط حقها على زوجها (المخالع لها) فى نفقتها وكسوتها واسكانها فى العدة مادام الخلع تم صحيحا إلا ان تكون المختلعة قد طلقت ثلاثا مجموعة أو مفرقة - كما لا يسقط حقها فى مؤخر صداقها قل أو كثر .

لا ولاية لاحد فى الخلع عن الزوجة وقال الظاهرية بعدم جواز مخالعة الاب عن المجنونة ولا عن الصغيرة كما لا يجوز لغيره ذلك مطلقا لقوله تعالى : ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها﴾ ، ولقوله تعالى : ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ .

فمخالعة الأب أو الوصى أو السلطان عن صغيرة أو كبيرة كسب

(١) راجع المحلى لابن حزم الظاهرى ج ١١ ، ص ٥٩٥ وما بعدها .

على غيره وهذا لا يجوز - واستحلال الزوج مالها بغير رضاها ه أكل مال بالباطل فهو حرام .

ويشترط الظاهرية في الفدية (بدل الخلع) ان تكون معلومة القدر مملوكة للمختلعة - ولذا قالوا ببطان الخلع نظير الإبراء عن نفقة الحمل أو الإبراء عن أجرة إرضاعه . وعللوا لذلك بقولهم : إنه افتداء بمجهول فلا يصح اما جهالة القدر فلأن السعر يزيد وقد ينقص . وفي المثل المذكور الإبراء فيه هو إبراء عن شيء لم تملكه بعد وهذا أمر باطل .

المذهب الإمامي :

صيغة عقد الخلع :

مثل الإمامية لصيغة الخلع بأن يقول الزوج لزوجته : خلعتك ، أو فلانة مختلعة على كذا .

وفي حالة ذكر الصيغة مجردة اختلف فقهاء المذهب فمنهم من قال يتم الخلع بذلك قال : (علم الهدى) وقال (الشيخ) لا حتى تتبع بالطلاق .

هل الخلع طلاق أم فسخ للعقد : لو تجردت صيغة الخلع بأن لم يقترن بها الطلاق - اعتبر طلاقا كما لو اقترنت الصيغة بالطلاق بذلك يرى الامام «المرتضى» .

لكن الشيخ قال لو تجردت الصيغة ولم يقترن بها الطلاق اعتبر الخلع فسنا عند الشيخ لو قال بوقوعه مجردا .

البدل في الخلع : لم يشترط الإمامية قدرا محددا لبدل الخلع وقالوا :

إن ماصح أن يكون مهرا، صح أن يكون فدية في الخلع، ولا تقدير فيه، بل يجوز أن يأخذ منها زائدا عما وصل إليها.

الشروط:

اشترط الإمامية شرطان في الفدية وشروطا في الخالع والمختلعة والعقد على النحو التالي:

- ١- يشترط في الفدية أن تكون معينة وضعا أو إشارة.
- ٢- ويشترط في الخالع (الزوج) أن يكون بالغاً كامل العقل وأن يكون مختاراً، قاصداً لما يفعله.
- ٣- ويشترط في المختلعة المدخول بها الطهر الذي لم يجامعها فيه، إذا كان زوجها حاضراً، وكان مثلها تحيض، وأن تكون الكراهية منها خاصة صريحا.
- ويصح خلع الحامل مع الدم لوقيل إنها تحيض.
- ٤- يعتبر في العقد حضور الشاهدين العدلين وأن يتجرد عقد الخلع عن الشرط.
- ولا بأس بوجود شرط يقتضيه العقد كما لو شرط الرجوع إن رجعت^(١).

امور مهمة في الخلع: قال العلامة الحلي في مختصره:

(١) المختصر النافع في فقه الإمامية للحلي المتوفى ٦٧٦ هـ، ص ٢٠٣.

يلحق بالخلع مسائل هي :

الأولى : لو خالعهما والاختلاق ملتزمة لم يصح ، ولم يملك الفدية .

الثانية : لارجعة للخالع - نعم لو رجعت في البذل رجعت ان شاء -
ويشترط رجوعها في العدة ، ثم لارجوع بعدها .

الثالثة : لو أراد مراجعتها ، ولم ترجع في البذل افتقر إلى عقد جديد
في العدة أو بعدها .

الرابعة : لاتوارث بين المختلعين ولو مات أحدهما في العدة لانقطاع
العصمة بينهما بالخلع .

المباراة :

المباراة : أن يقول : بارتك على كذا .

وهي تترتب على كراهية الزوجين كل منهما صاحبه .

ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الأكثر من فقهاء الإمامية .

والشرائط المعتمدة . يشترط في المباراة ما يشترط في الخلع بالنسبة لكل
من الخالع والمختلعة .

ولارجوع للزوج إلا أن ترجع هي في البذل .

وإذا خرجت من العدة فلا رجوع لها .

ويجوز أن تفاديه بقدر ما وصل إليها منه فما دون - ولا يحل له ما زاد

عنه (١).

الشيعية الزيدية:

صيغة الخلع:

يرى الشيعة الزيدية ان الخلع لفظة الخلع وما يتصرف منه كخالعتك، وأنت مختلعة وكذا المبرأة.

حكمه: وقد اوضح الإمام زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام ان الخلع اذا وقع بشرط أو عقد جامع للشروط فيهما فإنه يعتبر طلاقاً بائناً يمنع الرجعة إلا بعقد جديد في غير المثلثة ولو في العدة كالطلاق قبل الدخول وان خالقه في عدم ثبوت العدة فيه فلا تصح الرجعة فيه لا بالقول ولا بالفعل كما تصح في الطلاق الرجعي من الزوج في العدة.

والخلع من أحكامه أيضاً انه يمنع لحوق المختلعة أى طلاق. وعلل الزيدية لذلك فقالوا: إن الخلع لا يتبعه طلاق لأن الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق والخلع نوع من الطلاق لا فسخ (٢)، وهو مذهب علي عليه السلام وعثمان وابن مسعود وزيد بن علي.

فاذا قبل الرجل من امرأته فدية فإنها تبين منه بتطليقة.

(١) المرجع السابق.

(٢) راجع الروض التوضيحي شرح مجموع الفقه الكبير للسباعي ج٤، ص ٤١٩، وراجع التاج المذهب لأحكام المذهب شرح من الأزهري في فقه الأئمة الاطهار للصنعاني ج٢، ص ١٩٣.

أنواع الخلع الخلع قد يكون صريحا - وقد يكون كناية كما يلى :
الخلع الصريح مثل ان يقول الرجل لزوجته انت طالق على الف فهذا
صريح خلع .

الكناية وان قال الرجل لأمرأته خالعتك فهذا كناية خلع . وقيل : بل
صريح - واذا ذكر العوض مع لفظ خالعتك فانه لا يحتمل غير الخلع .
الخلع تدخله السنة والبدعة وتدخل الخلع الخلع للسنة والخلع بدعة
كالطلاق الخالى عن العوض .

الدليل واستدل الزيدية بحديث ابن عباس عند البخارى وأبى داود
ان النبى - ﷺ - قال لثابت : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة» وهو نص فى
كونه طلاقا والطلاق قد يكون سنيا وقد يكون بدعيا .

متى يصير الخلع طلاقا رجعيا إذا اختل قيد من القيود التى اعتبرت فى
الخلع بعد ان وقع القبول ونحوه فإنها تصير مختلعة رجعيا قال السمولى :
بعد تمام أركانه ولم يكن ثالثا ولا قبل الدخول . وفى ذلك حالات منها :

١ - ان يطلقها بغير عوض سواء كان عقدا أم شرطا .

٢ - أن يكون الخلع بعوض غير مال سواء كان عقدا أم شرطا .

٣ - ان يكون الخلع بعوض صائر كله إلى غير الزوج لابعضه فيصح
خلعا بقدر ما صار اليه .

٤ - ان يكون العوض من الزوجة وهى غير ناشزة وكان عقدا فيقع
بالقبول . رجعيا .

٥- ان يكون العرض منها أكثر مما يلزم بعقد الزواج وكان عقدا فيقع بالقبول رجيعا .

٦- ان تقول الزوجة طلقني وأنت برئ أو لك الف فطلق فيكون رجيعا .

٧- لو قال ردى على مهر ك حتى أطلقك فردته فطلقها كان رجيعا لأنه حق - وعده به لا عقد به ولا ينعقد بالعدة^(١) .

المختلعة لا سكنى لها ولا نفقة . وذلك لحديث أخرجه أحمد في مسنده والطبري ان النبي - ﷺ - قال : « إنما النفقة والسكنى للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة » .

وعن ابن عباس انه كان لا يرى للمختلعة نفقة ولا متعة^(٢) .

هل يلحق المختلعة الطلاق؟

المختلعة يلحقها الطلاق مادامت في العدة واستدل الزيدية لذلك بما روى عن غياث بن جعفر عن أبيه قال : « المختلعة يلحقها الطلاق ما كانت في العدة » .

كما استدلو بما روى أبو الدرداء قال : « للمختلعة طلاق في العدة » .

هل ينهى بالخلع حرمة المصاهرة وحرمة الجمع لأكثر من أربعة؟

يرى الزيدية ان الرجل اذا خالع زوجته فإنه لا يجوز له ان يتزوج

(١) التاج المذهب ص ١٩٤ مرجع سابق .

(٢) الروض النضير ص ٤٢ مرجع سابق .

بأحد المختلعة حتى تنقضى عدتها كما لا يجوز له أن يتزوج خامسة حتى تنقضى عدة الزابعة .

واستدلوا لذلك بما روى عن علي في رجل تكون معه أربع نسوة فيطلق احداهن قال : لا ينكح امرأة حتى يخلو اجل امرأته التي طلق^(١) .

المذهب الإباضي :

الخلع يضم الخاء لغة الترك وبالفتح النزاع .

الخلع شرعا والخلع شرعا هو فداء ببعض الصداق فإن أبرأت زوجها من صداقها لا يفداء ثم افتدت منه لم يلزمها غرمه إن لم تقضه له في حق .

ومن قال لرجل : أبرأتك من صداق امرأتك فلانة فقبل ذلك منها على الفداء طلقت طلاقا بائنا لا يجد لرجعتها إلا برضاها ولو كان القائل ممن لا يصح فداؤه كالطفل والمجنون والعبد ذكرا أو أنثى لأن الطلاق وقع بقبوله ولو لم يصح الفداء فإن اجازت زوجته ما فعل غيرها عنها لزمها وكان الطلاق له بالفداء ولا يقع عليه إلا طلاق واحد .

أما اذا لم تجز فإن الطلاق يلزم المطلق - وهي على صداقها .

الطلاق بالفداء يرى الإباضية ان الزوج بقبوله الفداء هو طلاق بائن ولا توارث فيه بين الزوج والزوجة المطلقة على فدية حتى ولو كانت الوفاة في العدة .

الرجعة تكون الرجعة بين المخالع والمختلعة بعقد جديد وفي المذهب

(١) المرجع السابق.

رأى ينول بالرجعة بلا تجديد نكاح .

الشروط قال الإباضية بضرورة ان تكون الملتزمة بالفداء بالغة عاقلة
فمن تزوج طفلة فأبرأته من صداقها على الفداء فقبله لزمه الطلاق بائنا ولها
صداقها^(١) .

وقال الإباضية : لا يلزم طفل أو مسجون فداء ولا خلع ولا يصح
منها قبول للفداء أو الخلع ولا طلاق وان كان بخليعة أو ولي .

(١) النبل وشفاء العليل للعلامة محمد بن يوسف اطفيش ج٧ ص ٢٧٤ وما بعدها - دار
الفتح بيروت.

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
المذهب الشافعي	٧٣-	٦- الطلاق إن يكون وفقا على القضاء	
المذهب الحنبلي	٧٤-	٨- طلاق السنة	
الظاهرية	٧٥-	١٢- الطلاق البدعي	
الشيعة الإمامية	٧٦-	١٣- الأذلة	
طلاق المريض والكافر	٧٦-	٢٠- الألفاظ التي يقع بها طلاق السنة	
المذهب الحنفي		٢٣- المالكية	
المذهب المالكي	٧٨-	٢٨- صيغة الطلاق	
المذهب الشافعي	٧٩-	٢٩- طلاق السنة	
المذهب الحنبلي	٨٠-	الطلاق البدعي	
الظاهرية	٨٢-	٣١- الشافعية	
طلاق المشرك	٨٥-	٣٣- الحنابلة	
الشيعة الإمامية	٨٧-	٣٨- الشيعة الإمامية	
طلاق المخطيء والفضولي	٨٨-	٤٣- الحنابلة	
والمدهوش		٤٦- الظاهرية	
المذهب الحنفي		٦٢- القانون	
المذهب المالكي	٩١-	٦٥- الشروط: شرائط الركن	
المذهب الشافعي	٩٢-	المذهب الحنفي	
المذهب الحنبلي	٩٤-	٦٧- طلاق الصبي العاقل	
الظاهرية	٩٥-	المذهب الحنفي	
الشيعة الإمامية	٩٨-	٧١- طلاق المعتوة	
طلاق المكره	٩٩-	المذهب الحنفي	
المذهب الحنفي		٧٢- طلاق النائم والمغمى عليه	
المذهب المالكي	١٠٢-	والمدهوش	
		٧٢- المذهب المالكي	

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
المذهب الحنبلي	-١٣٨	المذهب الشافعي	-١٠٣
الشيعة الإمامية	-١٤٧	المذهب الحنبلي	-١٠٦
الصريح والكتابة	-١٤٧	الظاهرية	-١١٠
المذهب الحنفي		الشيعة الإمامية	-١١١
المذهب الشافعي	-١٥٦	طلاق السكران	-١١٢
المذهب الحنبلي	-١٥٨	المذهب الحنفي	
المذهب الظاهري	-١٦٢	المذهب المالكي	-١١٧
مذهب الشيعة الإمامية	-١٦٥	المذهب الشافعي	-١١٨
كتايات الطلاق	-١٦٦	المذهب الحنبلي	-١١٩
المذهب الحنفي		المذهب الظاهري	-١٢١
المذهب المالكي	-١٧٢	الشيعة الإمامية	-١٢٤
المذهب الشافعي	-١٧٣	الطلاق بالكتابة	-١٢٤
المذهب الحنبلي	-١٧٨	المذهب الحنفي	
المذهب الظاهري	-١٨٨	المذهب المالكي	-١٢٦
مذهب الشيعة الإمامية	-١٩٥	المذهب الشافعي	-١٢٨
الطلاق الرجعي والطلاق البائن	-١٩٦	المذهب الحنبلي	-١٣٠
المذهب الحنفي		الظاهرية	-١٣٤
المذهب المالكي	-١٩٩	الشيعة الإمامية	-١٣٥
المذهب الشافعي	-٢٠١	طلاق الغضبان	-١٣٥
المذهب الحنبلي	-٢٠٣	المذهب الحنفي	
مذهب الظاهرية	-٢٠٥	وجهة نظر ابن عابدين	-١٣٦
مذهب الشيعة الإمامية	-٢٠٦	المذهب المالكي	-١٣٧
	-٢٠٧		-١٣٨

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
المذهب الحنفى		٢٠٩- أحكام الطلاق الرجعى والطلاق البائن	
المذهب المالكى	٣٩٥-	المذهب الحنفى	٢١٢-
المذهب الشافعى	٣٩٦-	المذهب المالكى	٢١٤-
المذهب الحنبلى	٣٩٧-	المذهب الشافعى	٢١٦-
المذهب الظاهرى	٣٩٩-	المذهب الحنبلى	٢١٨-
مذهب الشيعة الإمامية	٤٠٠-	المذهب الظاهرى	٢٢٠-
تقويض الطلاق	٤٠١-	مذهب الشيعة الإمامية	٢٢١-
المذهب الحنفى		القانون-	
المذهب المالكى	٤١٥-	الشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر	٢٢٦-
المذهب الشافعى	٤٢٩-	التطليق لغية الزوج أو حبسه	٢٤٣-
المذهب الحنبلى	٤٣٣-	التطليق للعجز عن النفقة	٢٤٨-
المذهب الظاهرى	٤٤٧-	الطلاق المنجز، والمعلق، والمضاف	٢٥٥-
مذهب الشيعة الإمامية	٤٥٦-	المذهب الحنفى	
الإستثناء فى الطلاق	٤٥٧-	المذهب الشافعى	٢٨٦-
المذهب الحنفى		المذهب المالكى	٣٠٩-
المذهب المالكى	٤٦٤-	المذهب الحنبلى	٣٢٤-
المذهب الشافعى	٤٦٦-	المذهب الظاهرى	٣٦٩-
المذهب الحنبلى	٤٦٨-	مذهب الشيعة الإمامية	٣٨٦-
التفريق بعدم الأنفاق على الزوجة وبالعيب ويسبب الضرر، والغيبه و الحبس	٤٦٩-	هدم الزواج الثانى ما بقى للأول	٣٨٩-
التطليق لعدم الأنفاق	٤٧٠-		

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
المذهب الحنبلى	٥٠٧-	المذهب المالكى	٤٧٢-
التطليق بسبب العيب		التطليق بالإعمار	
المذهب الظاهرى	٥١٢-	المذهب الشافعى	٤٧٤-
التطليق بسبب العيب		التطليق لعدم الإتيان	
الشيعة الإمامية	٥١٦-	المذهب الحنبلى	٤٧٦-
التطليق بسبب العيب		التطليق لعدم الإتيان	
التطليق بسبب الضرر	٥١٨-	المذهب الشيعى الإمامى	٤٧٨-
المذهب الحنفى		يحمل أدلة قال بجواز التطليق	
المذهب الشافعى	٥٢٠-	لعدم الإتيان	
المذهب الحنبلى	٥٢١-	مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور	٤٧٩-
المذهب الظاهرى	٥٢٣-	القانون	٤٨٠-
الطلاق للضرر		التطليق بسبب العيب	٤٨١-
دليل الظاهرة	٥٢٤-	المذهب الحنفى	
التبعية الإمامية		شروط التفريق بعيوب الزوج	٤٨٤-
المذهب المالكى	٥٢٥-	التاسلية	
التطليق بسبب الضرر		العيوب التى يختلف الفقهاء فى	٤٨٨-
القانون	٥٢٦-	التفريق بها	
التطليق لغير الزوج	٥٢٨-	المذهب الحنفى	
المذهب المالكى		المذهب المالكى	٤٨٩-
التطليق على الغائب والمحبوس	٥٢٩-	التطليق بسبب العيب	
فى القانون المصرى		أحكام كل نوع	٤٩١-
الإشهاد على الطلاق	٥٣١-	المذهب الشافعى	٤٩٩-

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
شروط	-٥٥٧	المذهب الظاهري	
المخالف عليه		رأى جمهور الفقهاء	-٥٣٢
الأثر الشرعي للخلع	-٥٥٨	في الأشهاد على الطلاق	
المذهب الحنبلي	-٥٥٩	وفي طلاق الغائب	
تعريف الخلع ودليل مشروعيته		القانون	-٥٣٥
هل إنهاء النكاح بالخلع يحتاج	-٥٦١	المشروع المقترح	
إلى القضاء		الخلع	-٥٣٧
المذهب الظاهري	-٥٦٢	مقدمة	
الخلع - وشروعيتها		المذهب الحنفي	-٥٣٨
الخلع طلاق لا منح	-٥٦٤	معنى الخلع	
البديل في الخلع	-٥٦٥	هل يحتاج الخلع إلى	-٥٣٩
شروط البديل	-٥٦٦	قضاء فيه	
المذهب الإمامي	-٥٦٧	أنهاء عقد النكاح	-٥٤٠
الخلع وشروطه		الجناح إلى قضاء	
المباراة	-٥٦٩	المذهب الملكي	-٥٤١
المذهب الزيدي	-٥٧٠	تعريف الخلع	
الخلع قد يكون نسبياً وديعماً	-٥٧١	لغة وشرعاً	
أثار الخلع	-٥٧٢	المذهب الشافعي	-٥٤٣
المذهب الإباضي	-٥٧٣	الخلع وشروعيتها	
الخلع	-٥٧٤	هل الخلع طلاق أم منح	-٥٤٥
أنتهاء فهرس		دليل الشروعية	-٥٥١
الجزء الثاني		أركان الخلع	-٥٥٢

Bibliotheca Alexandrina



0576465